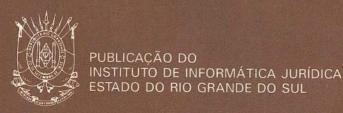
REVISTA DA PROCURADORIA--GERAL DO ESTADO



REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

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

RPGE Porto Alegre V, 17 n.º 45 p. 1 a 130 1987

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

Revista da Procuradoria-Geral do Estado.

v. 9 n. 24 — 1979 —

Porto Alegre,

Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Instituto de Informática Jurídica.

v. 23 cm trimestral

Continuação da Revista da Consultoria-Geral do Estado.

ISSN0101 - 1480

O

Os ortigos de doutrina não representam, novessariamente, a posição da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. JAIR SOARES Governador do Estado

CLÁUDIO STRASSBURGER Vice-Governador do Estado

NEY SĀ Procurador-Geral do Estado

JORGE ALBERTO DIEHL PIRES Procurador-Geral Adjunto

FRANCISCO SALZANO VIEIRA DA CUNHA Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

Catalogação pela Equipe de Oocumentação e Divuigação da PCE

CONSELHO DE REDAÇÃO

Jorge Alberto Diehl Pires
Alexandre Henrique Gruszynski
Almiro Regis Matos do Couto e Silva
Bruno Sérgio de Araújo Hartz
Francisco Salzano Vieira da Cunha
Jorge Arthur Morsch
José Hugo Valvírio Castro Ramos
Mário Bernardo Sesta
Rosa Maria Peixoto Bastos

Maria da Graça Landell de Moura (Secretária do Conselho)

EQUIPE TÉCNICA

EXECUÇÃO E REVISÃO Bel. Henriqueta Kopsch von Wackerritt

EXPEDIÇÃO Dalva A. Bragança da Silveira

SUMÁRIO

DOUTRINA	
LUIZ CARLOS ADAMS COEL	HO Critérios de valoração da causa nas ações de usucapião e o interesse do Estado nessas ações
HELY LOPES MEIRELLES	Proteção ambiental e ação civil pública
J. CRETELLA JÚNIOR	As cláusulas "de privilégio" nos contratos administrativos 27
PARECERES	
ELAINE DE ALBUOUEROUE P	lentes" na base de cálculo de van-
	tagens 47
FLORIANO MILLER NETTO FRANCISCO SALZANO VIEIR	
DA CUNHA	Magistério. Transferência para o cargo de especialista 57
ALEXANDRE HENRIOUE GRU	ISZYNSKI Funcionários diretores e conselhei- ros na Administração Indireta 61
EUNICE NEOUETE MACHADO	
CYL PARANHOS DE LIMA	Cumprimento de pena em regime
	aberto por servidor condenado cri- minalmente
CAIO MARTINS LEAL	Tempo ficto para aposentadoria e o
	STF
ASSUNTOS MUNICIPAIS	
MARIA IZABEL DE A.R. FON	
NIII O MADOAC	dos feriados
NILO VARGAS	Pagamento de díreitos autorais. Responsabilidade das prefeituras 97
RENITA MARIA HÜLLEN	Regime jurídico dos servidores municipais 101
	maipals , , , , , , , , , , , , , , , , , , ,
TRABALHOS FORENSES	
LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE	AZEVEDO Penhora de bem de domínio público estadual
LEGISLAÇÃO	
	JURÍDICA Centralização do sistema de assis-
DO ESTADO	tência jurídica do Estado: Of. Gab.
	- PGE nº 550; Of. GG/SAJL -
•	180; Lei nº 8.114, de 26.12.1985; Lei

DOUTRINA

CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO DA CAUSA NAS AÇÕES DE USUCAPIÃO E O INTERESSE DO ESTADO NESSAS AÇÕES

LUIS CARLOS ADAMS COELHO Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO: 1. Explicações preliminares — 2. Da perfeita analogia entre a ação de demarcação e a usucapião, para efeitos de valoração da causa — 3. Dos critérios de valoração da causa na ação paradigma — 4. Conclusão — Bibliografia

1. EXPLICAÇÕES PRELIMINARES

- 1.1 O presente trabalho constitui adaptação e condensação de peças forenses produzidas pelo autor em sua atividade de Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, em ações de usucapião propostas por particulares. Tais ações, em sua esmagadora maioria, não têm suscitado impugnações estatais acerca do domínio ou quaisquer outros direitos reais relativos aos imóveis usucapiendos, ora porque o Estado não dispõe de título que legitime eventual pretensão sobre os mesmos, ora porque o Rio Grande do Sul, por sua Procuradoria-Geral do Estado, abandonou antiga tese (1), pela qual intentava impugnar o reconhecimento de domínio alheio em usucapiões, baixo a alegação de que os imóveis desprovidos de registro constituem terras devolutas e, como tal, são insuscetiveis de apropriação pelo particular através da via processual em apreço.
- 1.2 Contudo, o interesse estatal não se exaure na tão-só discussão acerca do domínio ou posse dos imóveis usucapiendos, e ainda persistirá, nessas ações, no tocante ao valor da causa, sempre que este for atribuído com infringência das normas pertinentes, estatuidas nos arts. 259, 1 a VII, e 260, ambos do CPC, conforme infra.
- 1.3 O particular, enquanto réu, que disponha do interesse à impugnação, pode fazê-lo ou não (art. 261 do CPC), sujeitando-se, com sua eventual

III A tese em questão, bastante polêmica, foi suscitada em praticamente todos os tribunais do pais, chegando a ser acatada pelo STF em o RE nº 51.290-GO e na Ação Originária Cível nº 132. Teve defensor na pessoa do Min. Aliomar Baleeiro, na qualidade de relator da ação retro. Messias Junqueira, em O Instituto Brasileiro das Terras Devolutas, fornece subsídios ponderáveis em prol daquela tese, tendo sido importante coadjuvante dos Estados-membros em suas articulações pretorianas. Contudo, a tese passou a ser repelida pelo Pretório Excelso e demais tribunais pátrios, o que veio a provocar, nos Estados argüintes, a condição de perdedores sistemáticos nas ações de usucapião, com a sua conseqüente sucumbência em expressivas verbas honorárias.

Em que pese não diga respeito ao presente trabalho, a matéria merece a referência pelo tom polêmico e apaixonante de que se reveste. E a despeito de estar praticamente firmado o posicionamento jurisprudencial a respeito do assunto, os fundamentos das decisões não chegam a abalar o núcleo das posicões em contrário. Vide, a propósito, nossa pesquisa jurisprudencial a respeito, submetida à E. Procuradoria-Geral do Estado. Vide dogmaticamente, Messias Junqueira, obra supra; Tupinambá Castro do Nascimento, in USUCAPIÃO etc. (adrede referida); Vicente Cavalcanti Cysneiros, em O Estrangeiro e a Propriedade Rural. Sergio Fabris Ed., Porto Alegre, 1985, p. 87 e segts.

inércia, às consequências jurídicas que da mesma decorrem (v.g. alteração de rito, de competência, fixação de alçada recursal, estabelecimento da verba honorária, custas, etc.). Já ao Estado é defesa essa dispositividade, não por razões de cunho processual — aliás, inexistentes —, mas em decorrência de princípio geral de direito público material, extraído do conjunto de regras impositivas que, nos termos das Leis nos 4.320/64 (estabelece normas gerais de orçamento, etc.) e 5.172/66 (Código Tributário Nacional), disciplinam a configuração e arrecadação das chamadas receitas públicas, e pelo qual são indisponíveis (irrenunciáveis) os direitos dos entes de direito público interno, salvo expressa disposição legislativa em contrário.

1.4 Ora, a matéria 'valor da causa', obrigatoriamente deduzível em toda e qualquer ação (art. 259, "caput", do CPC) — logo, também na usucapião —, refletir-se-á, se correr perante a Justiça dos Estados, na apuração do montante de receitas públicas **estaduais**, a serem satisfeitas pelas partes, em juízo; bem assim, a taxa judiciária e as custas estatizadas, que se classificam, respectivamente, em Dívida Ativa Tributária, e Dívida Ativa Não Tributária, "ex-vi" do art. 39, § 2º, da Lei nº 4.320/64.

1.5 Uma vez que o autor da usucapião atribua à causa valor infimo, incompatível com a expressão econômica do bem perseguido em juízo, já se estará desatendendo à sistemática adotada pela lei processual para a fixação do valor da causa, como, adiante, pretendemos demonstrar. Assim, em sendo ilegal essa subvaloração, tudo o quanto deixou de integrar, a mais, o valor da causa, representará evasão de receitas às quais o Estado não pode, absolutamente, renunciar.

1.6 Por outro lado, a supervalorização da causa poderá suscitar o interesse (rectius: o dever) estatal de impugná-la. Se, p. ex., o Estado assume, na usucapião, a posição de contestante, em razão de disputar o bem, a simples possibilidade de vir a sucumbir na ação e arcar com o ônus de pagar ao adversário a verba honorária e reembolso de custas, calculados sobre o valor da causa, impõe-lhe seja este impugnado. Agora, o princípio é o da correta aplicação e disposição das verbas públicas, pois serão estas, que satisfarão as despesas acima referidas.

1.7 Cientificado da ação, nos termos do § 2º do art. 942, do CPC, o Estado manifestará o seu interesse na causa; na forma do art. 943, se para simples contestação do mérito, ou aquele somado ao art. 261, também do mesmo código, atentando-se para o privilégio processual concedido pela lei adjetiva, em seu art. 188, às pessoas jurídicas de direito público interno (quádruplo do prazo para responder).

1.8 A intervenção estatal se dará com exclusividade no feito, por seus representantes legais judiciais, apontados em lei (art. 12, I, do CPC) Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, art. 87 e segts; Lei estadual nº 7.705/82), quais sejam, os Procuradores do Estado, reunidos sob o órgão respectivo — Procuradoria-Geral do Estado (preferimos a nomenclatura adotada por Pontes de Miranda, que entende que a atividade de órgão é de **presentação** e não de representação; afinal, o órgão **faz** presente o ente que integra, nunca se faz presente **por** ele—ou no lugar de).

2. DA PERFEITA ANALOGIA ENTRE A AÇÃO DE DEMARCAÇÃO E A USUCAPIÃO, PARA EFEITOS DE VALORAÇÃO DA CAUSA.

2.1 O Código de Processo Civil não contém regra expressa de valoração da causa nas ações de usucapião. De sua vez, os compêndios oficiais de jurisprudência os mais expressivos, v.g., a Revista dos Tribunais e a Revista de Jurisprudência do TJRGS, são praticamente silentes a respeito do assunto. Na doutrina, o tema é aventado, p. ex., pelo eminente magistrado gaúcho, TUPINAM-BÁ CASTRO DO NASCIMENTO, notável estudioso da usucapião em seus aspectos material e processual, que diz (os grifos são nossos):

"A petição inicial deve atribuir valor à causa (art. 282, V, do CPC). A regra é que deve corresponder ao valor do benefício patrimonial pretendido. **Na hipótese, o valor de bem pretendido usucapir**". (*In* Usucapião — Comum e Especial. Ed. Aide, Rio, 5ª ed., 1984, p. 148).

2.2 Talvez por ser óbvia demais a coerência de sua afirmação com o conjunto de regras que informam os critérios de valoração da causa do art. 259, do CPC, o Mestre não se alonga em justificar seu pensamento; no entanto, ousamos afirmar que a assertiva transcrita mais corresponde à inteligência do preceito legal do que qualquer outra.

2.3 Com efeito. O CPC, ao estipular as hipóteses de fixação do valor da causa e sua quantificação, adotou, como regra geral, o critério de classificação das ações em grupos identificados pela natureza da providência pretendida pelas partes e de seu respectivo valor intrínsico. Assim, v.g., a soma de valores em cobrança de dívida, o valor do contrato em litígios a ele pertinentes, etc. Como exceções, **especificou** a ação de alimentos (art. 259, VI), a de divisão, de demarcação e a de reivindicação (idem, inciso VII).

2.4 Segundo o já dito alhures, a usucapião não foi individualizada pela lei, devendo-se, pois, buscar o seu enquadramento em algum dos casos elencados no art. 259. Sucede, porém, que nenhuma das situações enunciadas nos incisos I a VI do dispositivo adequa-se à espécie da usucapião. Resta, então, exatamente o de número VII, que trata do valor da causa das ações reais ali mencionadas, que, pela sua natureza, apresentam pontos em comum com a usucapião, em moldes a tornar o seu enquadramento naquele inciso como o único logicamente aceitável.

Veja-se, por exemplo, a ação de demarcação. À semelhança da usuca-pião, é ação especial, real e, por dispor de eficácia eminentemente declaratória (apud Pontes de Miranda, in Tratado das Ações, T. II. Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1ª ed., 2ª Tiragem, 1974, p. 185 e segts., p. 211 e segts.), não visa à constituição da propriedade, que já pertence a seus autores; como naquela, pode-se dizer que objetiva conferir certeza jurídica acerca do domínio, embora, aqui, o seja quanto à precisão da identificação do imóvel e, na usucapião, à da pessoa de seu titular. Vale dizer: numa e noutra, as sentenças produzirão os efeitos peculiares, à evidência, nunca, porém, o de constituir domínio novo ou, noutros termos, de agregar patrimônio aos respectivos autores (demarcante e usucapiente).

3. DOS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO DA CAUSA NA AÇÃO PARADIG-MA (DE DEMARCAÇÃO).

3.1 Manda a lei que, na demarcatória, o valor da causa seja o da estimativa oficial para lançamento do imposto (art. 259, VII, 2ª parte). Certamente que este não será o imposto de transmissão — também não incidente na usucapião — face à inocorrência do suporte fático tributário pertinente (a transmissão de domínio ou direitos a ele relativos). Contudo, há outros impostos, do elenco dos chamados patrimoniais, cujo fato gerador é constituído da tão-só propriedade ou posse e que, por essa característica, normalmente incidem sobre todos os imóveis particulares. São eles o "imposto sobre a propriedade territorial rural" (art. 29 e segts. do CTN) e o "imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (art. 32 e segts. do mesmo diploma), cujas bases de cálculo são, respectivamente, o valor fundiário do imóvel (art. 30 do CTN) e o seu valor venal, se urbano (art. 33). E, no magistério de Aliomar Baleeiro (Comentários ao Código Tributário Nacional. Forense, Rio, 9ª ed., 1977, p. 144 e 148), "valor fundiário" e "valor venal" constituem:

"VALOR FUNDIÁRIO: O valor fundiário corresponde à noção das leis francesas que regulam o "impôt foncier non bâti", i. é, o solo nu, não utilizado, sem edificação ou outras acessões, como árvores etc. O solo nu com suas aderências naturais, sem ação humana. Deve ser entendido, pois como o valor do solo, até porque o fato gerador é a propriedade ou posse do îmóvel por natureza".

"VALOR VENAL DO SOLO COM ACESSÕES: (...) Valor venal é aquele que o imóvel alcançará para compra e venda à vista, segundo as condições usuais de mercado de imóveis".

3.2 Logo, "a estimativa oficial para lançamento do imposto" referida pelo CPC será o valor fundiário ou venal do imóvel e não, como afirma Hamilton de Moraes e Barros no seu "Comentários ao Código de Processo Cívil", da Forense, "a plus valia que resultará às propriedades da determinação e da individuação dos quinhões, ou da certeza sobre os limites do prédio" (op. cit., p. 37), do qual, humildemente, ousamos discordar. A nosso ver, a lei processual adotou critério essencialmente **tributário** para a fixação das causas enumeradas no inciso VII do art. 259, com exclusão de qualquer outro.

Com efeito, afigura-se-nos juridicamente desamparado o argumento daquele festejado processualista de que, nas ações de demarcação — ora utilizadas como paradigma da usucapião — a fixação do valor se faz em razão do benefício
patrimonial advindo ao autor porque sería injusto fazê-lo pelo todo. Ora, o conceito de 'justo' ou 'injusto', enquanto jurídico e não filosófico, é dado em nosso
sistema positivo, pela lei escrita, e a nota tributária refere-se não a agregações
ou 'plus' patrimoníais, mas a seu valor total, como o já dito. Logo, se alguma
crítica deve ser feita à "injustiça" da valoração da causa por sobredito critério, é
evidente que o seu endereço deverá ser não à regra processual, mas à norma tributária, a que aquela remete, e sem outro efeito que o de mera valoração ideoló-

3.3 Embora a conjugação das normas e princípios jurídicos retro conduza à tese ora exposta, diga-se, ainda, que o critério de acréscimo patrimonial é incompatível com a própria sistemática adotada pelo CPC. Tome-se como

RPGE, Porto Alegre, 17(45): 11-16, 1987

exemplo a hipótese do art. 259, I: se A empresta dinheiro a B, sem intuito de lucro, e impago, recorre ao processo para reaver o que lhe é devido, necessariamente o valor da causa será o da dívida. É evidente, aí, que o autor não obterá vantagem patrimonial alguma, mas mera reposição em seu patrimônio desfalcado.

Imagine-se o mesmo exemplo, retro, só que, agora, o empréstimo é mercantil. Não será o lucro da operação crediticia que definirá o montante da causa, mas o da soma desse à importância emprestada que determinará o seu valor.

Haverá equidade na hipótese do indivíduo que, tendo emprestado '100', gratuitamente, a terceiro e que, para reaver judicialmente o seu dinheiro, deverá pagar custas calculadas sobre aqueles '100', e a do que, usucapindo imóvel que valha os mesmos '100', só pagará tais despesas sobre '20', correspondentes a sua vantagem patrimonial presumida? A resposta, forçosamente, será negativa.

"Concessa maxima venia", o critério do "plus" patrimonial para a valoração da causa, em usucapião, é juridicamente insustentável.

4. CONCLUSÃO

- 4.1 Do até agora exposto, pode-se concluir, resumidamente:
- a) o Estado como ente instituidor e arrecadador de receitas públicas, tem o dever de zelar pela fiel observância dos seus critérios de cálculo e arrecadação, evitando a sua evasão;
- b) o valor atribuído à causa reflete-se diretamente na apuração de sobreditas receitas, incidentes no processo, tais a taxa judiciária e as custas estatizadas;
- c) no caso específico, objeto do presente estudo, o CPC não contém regra específica acerca da valoração da usucapião. Contudo, deve a mesma ser enquadrada, logicamente, pela analogia, nos casos referidos no inciso VII do art. 259, do CPC;
- d) as disposições legais não são gratuitas e sem sentido. O CPC determina que a ação de demarcação usada como paradigma da usucapião será valorada pela estimativa oficial para o lançamento do imposto, e esse é habitual e legalmente calculado sobre o valor total do imóvel;
- e) se ocorre alguma causa de exclusão do crédito tributário v.g., a isenção prevalece, ai, o bom senso: o valor da causa será o do imóvel caso sofresse a incidência tributária, pois essa não é "conditio sine qua non" daquele, mas seu fator de dimensionamento;
- f) pelo exposto e, s.m.j., demonstrado, o critério do "plus", ou acréscimo patrimonial, não encontra guarida, na sistemática do CPC, para o valor da causa na usucapião, que, ao invés, deverá equivaler à totalidade do valor do imóvel;
- g) se o usucapiente subvalorar a causa, o Estado estará legitimado a impugnar o valor da ação mesmo que não disponha de interesse sobre o imóvel, não contestando, pois, o feito, em razão de seu poder-dever de zelar pela correta arrecadação das receitas públicas acima explicitadas.

Porto Alegre, 12 de setembro de 1986.

BIBLIOGRAFIA

BALEEIRO, Aliomar — Comentários ao Código Tributário Nacional. Forense, Rio, 9ª ed., 1977.

MORAES E BARROS, Hamilton de — Comentários ao Código de Processo Civil. Forense, Rio, V.

NASCIMENTO, Tupinambá Castro do — Usucapião — Comum e Especial. Ed. Aide, Rio, 5ª ed., 1984.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti — Comentários ao Código de Processo Civil. Forense, Rio, 1979, Tomo I; Tratado das Ações. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, 13 ed., T. II. Revista de Jurisprudência do TJRGS — Diversos volumes Revista dos Tribunais — Diversos volumes

PROTEÇÃO AMBIENTAL E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

HELY LOPES MEIRELLES Advogado em São Paulo

 Controle da Poluição — II. Preservação dos Recursos Naturais — III. Restauração dos Elementos Destruídos — IV. Ação Civil Pública para Proteção Ambiental.

A **proteção ambiental** visa à preservação da natureza em todos os elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilibrio ecológico, diante do impeto predatório das nações civilizadas que, em nome do desenvolvimento, devastam florestas, exaurem o solo, exterminam a fauna, poluem as águas e o ar.

Essa ação destruidora da Natureza é universal e milenar, mas agravou-se neste século em razão do desmedido crescimento das populações e do avanço científico e tecnológico, que propiciou à humanidade a mais completa dominação da terra, das águas e do espaço aéreo.

Viu-se, assim, o Estado moderno, na contingência de preservar o meio ambiente¹ para assegurar a sobrevivência das gerações futuras em condições satisfatórias de alimentação, saúde e bem-estar. Para tanto, criou-se um direito novo — o direito ambiental² — destinado ao estudo dos princípios e regras tendentes a impedir a destruição ou a degradação dos elementos da natureza. Daí o surgimento das limitações de proteção ambiental, sob os aspectos de: I) controle da poluição; II) preservação dos recursos naturais; III) restauração dos elementos destruíddos; IV) ação civil pública, como veremos a seguir.

I. CONTROLE DA POLUÎÇÃO

O **controle da poluição** enquadra-se no poder de polícia administrativa de todas as entidades estatais — União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal — competindo a cada uma delas atuar nos limites de seu território e de sua competência, e, em conjunto, colaborar nas providências de âmbito nacional, de prevenção e repressão às atividades poluidoras defindidas em norma legal.³

Em sentido amplo, poluição é toda alteração das propriedades naturais do meio ambiente, causada por agente de qualquer espécie, prejudicial à saúde, à segurança ou ao bem-estar da população sujeita aos seus efeitos.

De um modo geral, as concentrações populacionais, as indústrias, o comércio, os veículos motorizados, e até a agricultura e a pecuária produzem alterações no meio ambiente. Essas alterações, quando normais e toleráveis não merecem contenção e repressão, só exigindo combate quando se tornam intoleráveis e prejudiciais à comunidade, caracterizando poluição reprimível. Para tanto, há necessidade de prévia fixação técnica e legal dos índices de tolerabilidade, ou seja, dos padrões admissíveis de alterabilidade de cada ambiente, para cada atividade poluidora, não se compreendendo nem se legitimando as formas drásticas de in-

terdição de indústrias e atividades lícitas, por critérios pessoais da autoridade, sob o impacto de campanhas emocionais que se desenvolvem em clima de verdadeira psicose coletiva de combate à poluição.

Indispensável é o levantamento técnico dos elementos poluentes e dos meios científicos de seu controle, com os padrões admissíveis catalogados em legislação federal geral, uniforme e adequada ao controle das atividades poluidoras, em atendimento do preceito constitucional que atribui à União a edição de normas gerais de defesa e proteção da saúde (art. 8º, parágrafo único), e pouco sobrando ao Município neste campo normativo. Aquí, a atuação municipal será principalmente executiva, fiscalizadora e complementar das normas superiores da União e do Estado-membro, no que concerne ao peculiar interesse local, e especialmente na proteção do ambiente urbano. 4 Bem por isso o Supremo Tribunal Federal decidiu que: "A defesa do meio ambiente deve ser exercida com respeito à competência legislativa da União Federal". 5

Mas a legislação federal é ainda dispersa e deficiente para o controle da poluição expressa num conglomerado de leis, decretos e portarias que mais confundem do que esclarecem os seus aplicadores, merecendo destaque a Lei n.º 6.938, de 31.8.1981, que dispõe sobre a política nacional do meio-ambiente, e defere competência ao Ministério Público "para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente" (art. 14, § 1.º), regulamentada pelo Decreto n.º 88.351, de 1.6.1983, alterado pelo Decreto n.º 89.532, de 6.4.1984; a Lei complementar n.º 40, de 14.12.1981 (art. 3.º, III); a Lei n.º 7.347, de 24.7.1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, legitimando o Ministério Público para propô-la, bem como as entidades que especifica (arts. 5.º e 6.º), 6 como veremos adiante (item d).

No âmbito estadual⁷ e municipal vêm surgindo tumultuariamente normas e órgãos de combate à poluição, mas todos eles sem arrimo em diretrizes federais e em padrões que deveriam orientar e uniformizar o controle das atividades poluidoras, dentro de critério técnico que compatibilize a preservação do meio ambiente com os superiores interesses do desenvolvimento do país.

O mais sério problema a ser resolvido é o da pré-ocupação de bairros ou áreas por indústrias e outras atividades poluidoras que, posteriormente, venham a ser consideradas em uso desconforme, diante da nova legislação para o local. Em tais casos não pode a Administração paralisar sumariamente essas indústrias e atividades, nem reduzir-lhes a produção, porque isto ofenderia o direito adquirido em conformidade com as normas legais anteriores. Para a retirada desses estabelecimentos, a medida legal é a desapropriação. Poderá, ainda, a Administração, nesses casos, impedir ampliações do que está em uso desconforme, e exigir equipamentos e tratamentos técnicos redutores da poluição, em prazos e condições razoáveis, incentívando a voluntária mudança de local. Somente os abusos da iniciativa particular é que devem ser coibidos pelo poder de polícia do Município, protetor do bem-estar da coletividade urbana, principalmente nas zonas estritamente residenciais. Nas zonas mistas há que se tolerar os incômodos da indústria e do comércio, desde que decorram do exercício legal e normal dessas atividades, e seiam produzidos unicamente no período diurno de trabalho; nas zonas comerciais e industriais os seus incômodos não são reprimíveis pela vizinhança enquanto se contenham nos limites da licença de funcionamento e não caracterizem abuso de direito do exercício profissional, pois que a delimitação dessas áreas e o confinamento das atividades diversas de habitação, erigem tais atividades em usos conformes para o local, e afastam qualquer possibilidade jurídica de impugnação ao seu exercício e às suas conseqüências normais para a zona e suas adjacências, porque os que nela se localizam ou dela se avizinham sabem de antemão a destinação, o uso e a ocupação da área, e conhecem as suas conseqüências molestas.

Daí a convivência e as vantagens do zoneamento urbano, como medida prévia do controle da poluição, que deverá basear-se e diversificar-se segundo os usos de cada zona, para adequação das exigências municipais às diferentes áreas e atividades da cidade e de seus arredores. Impõe-se, ainda, a fixação de uma política geral de controle da poluição, uniforme e realística, que leve em consideração não só a preservação ambiental, como também as determinantes do desenvolvimento local, regional e nacional, para a correta localização das atividades poluidoras, a situação das indústrias e do comércio já instalados, os meios técnicos de contenção ou alimentação dos elementos poluentes e os estimulos do Poder Público para o combate à poluição, a fim de obter-se o equilíbrio ecológico e econômico, num amparo recíproco dos interesses coletivos e dos direitos individuais, protegendo a comunidade sem aniquilar a iniciativa privada propulsora do desenvolvimento nacional.

O zoneamento industrial está disciplinado pela Lei nº 6.803, de 2.7.1980, que estabelece diretrizes para a sua implantação nas áreas críticas de poluição a que se refere o artigo 4º do Decreto-lei nº 1.413, de 14.8.1975. Por essa lei, caberá exclusivamente à União, ouvidos os Governos Estadual e Municipal interessados, aprovar a delimitação e autorizar a implantação de zonas de uso estritamente industrial que se destinem à localização de pólos petroquímicos, cloroquímicos, carboquímicos, bem como as instalações nucleares e outras definidas em lei (Lei nº 6.803/80, art. 10, § 2º).

II. PRESERVAÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS

A preservação dos recursos naturais, assim entendidos todos os elementos da Natureza que mantêm o equilíbrio ecológico e a vida em nosso planeta, é dever do Estado e apóia-se no domínio eminente que ele exerce sobre todas as coisas que se encontram em seu território. Mas, como domínio eminente não é domínio patrimonial, o Estado não tem direito de propriedade sobre todos os bens de seu território, podendo apenas condicionar o uso da propriedade particular para cumprimento de sua função social (Constituição da República, artigo 160, III), ou retirá-la compulsoriamente de seu dono, por utilidade pública ou interesse social, através de desapropriação, com justa e prévia indenização (art. 153, § 22).

Assim, a preservação dos recursos naturais se faz por dois modos: pelas **limitações administrativas de uso**, gerais e gratuitas, sem impedir a normal utilização econômica do bem, nem retirar a propriedade do particular, ou, pela **desapropriação**, individual e remunerada de determinado bem, transferindo-o para o domínio público e impedindo a sua destruição ou degradação. Tal o que ocorre com as reservas florestais, com as nascentes e mananciais, com as águas minerais, com os monumentos naturais e outros elementos da Natureza em que o Poder Público tem interesse na sua preservação, para manutenção da flora e da fauna, da pureza das águas e do ar, ou mesmo para conservação estética de panoramas e recantos naturais de particular beleza (Constituição da República, art. 180, parágrafo único).

Os recursos naturais — terras, águas, jazidas, florestas, fauna e espaço

aéreo — principalmente quando integrantes do domínio público, têm regime especial para utilização, sujeitando-se a normas e limitações administrativas próprias.

Todos esses elementos componentes do meio ambiente são preserváveis pela entidade estatal competente para sua regulamentação e administração, variando apenas as formas de preservação e os meios administrativos de efetivá-la, principalmente quando pertencentes a particulares amparados pelo direito de propriedade.

No âmbito municipal essa preservação da Natureza é restrita aos elementos que interessem preponderantemente à comunidade local e em especial à vida urbana, tais como as fontes e mananciais que abastecem a cidade, os recantos naturais de lazer, as áreas com vegetação nativa própria para parques turísticos ou reservas da flora e da fauna em extinção, e outros sítios com peculiaridades locais.

É de observar-se que não só a iniciativa dos particulares como os empreendimentos do Poder Público devem respeitar as normas de controle da poluição e de preservação dos recursos naturais, sujeitando-se às respectivas limitações administrativas das entidades estatais competentes. A propósito, Martín Mateo faz essa oportuna advertência: "Las técnicas interventoras del Derecho Administrativo clássico están pensadas para acomodar las condutas de los particulares a los intereses públicos definidos por la ley. Es la Administración, pues, la que desempeña el papel tutelar controlando y reprimiendo las actuaciones de los ciudadanos. Sucede, sin embargo, que en el campo de la defesa ambiental la Administración puede, anque parezca paradójico, aparecer como potencialmente agresora del equilíbrio ecológico. Esta curiosa situación es fruto de la constatada ampliación de competencias públicas materializadas en proyectos e iniciativas de gran envergadura, de transcendencia para el medio y de la dispersión de responsabilidades en múltiples organismos y entes que propendem a defender celosamente sus funciones y a anteponer quizá los intereses que sectorialmente administran a los más amplios y globales que se concitan en la defesa del ambiente".8

Ocorrendo essa conduta do Poder Público, caberá ação popular ou ação civil pública para invalidar o ato itegal e lesivo ao meio ambiente.

III. RESTAURAÇÃO DOS ELEMENTOS DESTRUÍDOS

Em muitos casos não basta o controle da poluição e a preservação dos recursos naturais para a completa proteção ambiental; torna-se necessária a restaturação dos elementos destruídos ou degradados pelo homem, ou pelos próprios fenônemos da Natureza. Impõe-se, assim, o florestamento das áreas desmatadas, a recomposição dos terrenos erodidos ou escavados, a recuperação das águas poluídas, a regeneração das terras exauridas, a recriação de espécies silvestres e aquáticas em vias de extinção, e tantas outras medidas de restauração do meio ambiente para o reencontro do equilíbrio ecológico e renascimento da vida animal e vegetal, de que depende a sobrevivência da humanidade.

Essas providências estatais para recuperação do meio ambiente destruído ou degradado são mais de incentivos ao administrado que de polícia administrativa, preventiva ou repressiva, pois o Poder Público só conseguirá os seus objetivos restauradores através do beneficiamento das propriedades particulares, o que indiretamente e de futuro irá refletir-se no bem-estar da coletividade.

Todavia, cabe ao Poder Público editar normas impositivas de restauração do

meio ambiente destruído ou degradado, para recomposição da Natureza até onde for possível essa restauração, mas é indubitável que tais normas devem vir acompanhadas de apoio técnico e financeiro do governo, para que o particular possa atendê-las no tempo e nas condições necessárias à sua eficiência. Tais normas e providências competem preferentemente à União, dado o predominante interesse nacional, mas podem ser supridas ou complementadas por disposições e medidas regionais e locais, dos Estados-membros e Municípios particularmente interessados no assunto.9

No âmbito local, notadamente na área urbana e suas adjâcencias, o Município pode impor, por lei, a restauração de elementos destruidos e a recomposição de áreas escavadas em atividades extrativas ou construtivas, como ocorre na exploração de areia, argila, cascalho, e na abertura de estradas com cortes e aterros, que tanto desfiguram a paisagem natural como alteram o relevo do solo, deixando abertas verdadeiras crateras no perímetro urbano e em seus arredores, com malefícios de toda ordem para a comunidade.

IV. ACÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO AMBIENTAL

A proteção ambiental vem sendo tratada fragmentariamente pela legislação brasileira, só surgindo com relativa sistematização a Lei n.º 6.938, de 31.8.1981 (regulamentada pelo Decreto n.º 88.351, de 1.6.1983), que definiu a Política Nacional do Meio Ambiente, e, subseqüentemente, desenvolvendo o disposto no inciso III, do art. 3º da Lei complementar n.º 40, de 14.12.1981, a Lei n.º 7.347, de 24.7.1985, disciplinou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, legitimando precipuamente o Ministério Público para propô-la, 1¹ como também as entidades estatais, autárquicas, paraestatais e as associações que específica (art. 5º), sem prejuízo da ação popular (art. 1º). Estas duas ações têm objetivos assemelhados, mas legitimação de autores diferentes, pois a civil pública pode ser ajuizada pelo Ministério Público e pelas pessoas jurídicas acima indicadas, e a popular só pode ser proposta por cidadão eleitor (Lei n.º 4.717/65, art. 1º). ¹² Ambas têm de comum a defesa dos interesses difusos ¹³ da coletividade e não o amparo do direito individual de seus autores.

A Lei nº 7.347/85 é unicamente de caráter processual, devendo o pedido e a condenação basear-se em disposição de alguma lei material da União, do Estado ou do Município, que tipifique a infração ambiental a ser reconhecida e punida judicialmente e independentemente de quaisquer penalidades administrativas ou de ação movida por particular para defesa de seu direito individual. Dentre as normas materiais de proteção do meio ambiente destacam-se a citada Lei nº 6.938/81 e os códigos administrativos que regem a utilização e preservação do solo, das águas, do ar, das florestas e da fauna, ou a ordenação da cidade e de suas edificações, assim como as que normatizam, especificamente, a implantação e o funcionamento das indústrias poluentes¹⁴ e o emprego de agrotóxicos que ponham em risco a saúde e a vida de pessoas e animais terrestres e aquáticos.

Segundo a Lei n.º 7.347/85, a ação civil pública é de ser proposta no foro do local onde ocorrer a conduta ou a omissão prejudicial ao meio ambiente (art. 2º), para a condenação pecuniária do réu, ou a imposição de obrigação de fazer ou de não fazer (art. 3º). Embora seja uma ação de rito ordinário, admite a suspensão liminar do ato ou fato impugnado (art. 12), podendo ser precedida ou

acompanhada de medida cautelar nominada ou inominada, bem como de pedido cominatório para impedir ou minimizar o dano ecológico, assim como para preservar os bens de vaíor histórico, artístico, estético, turístico e paisagístico (art.

4º) ameacados de destruição ou depredação.

A responsabilidade do réu na ação civil pública é objetiva, pois independe de culpa no fato que a enseja (art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81), bastando que o autor demonstre o nexo causal entre a conduta do réu e a lesão ao meio ambiente a ser protegido, e indique o dispositivo legal infringido. Se o fato argüido de lesivo ao meio ambiente foi praticado com licença, permissão ou autorização da autoridade competente deverá o autor da ação — Ministério Público ou pessoa jurídica — provar a ilegalidade de sua expedição, uma vez que todo ato administrativo traz a presunção de legitimidade, só invalidável por prova em contrário.

A reparação do dano ambiental pode consistir na indenização dos prejuízos, reais ou legalmente presumidos, ou na restauração do que foi poluído, destruído ou degradado. A responsabilização do réu pode ser repressiva da lesão consumada, ou preventiva de sua consumação iminente. Melhor será, sempre, a ação preventiva visto que há lesões irreparáveis in specie, como a derrubada ilegal de uma floresta nativa ou a destruição de um bem histórico, valioso pela sua origem e autenticidade. Daí por que a lei da ação cívil pública admite a condenação em obrigação de fazer ou de não fazer (art. 3°). Em qualquer hipótese, a responsabilidade do réu é solidária, abrangendo todos os que cometeram ou participaram do fato lesivo.

Proposta a ação cívil pública, dela não pode desistir o Ministério Público, pois o seu objetivo é o amparo dos interesses indispensáveis da sociedade e a imposição da observância da Constituição e das leis de ordem pública (art. 3°, inci-

so 1, da Lei complementar nº 40/81), 15

A defesa do réu na ação civil pública é restrita à demonstração da inexistência do fato alegado na inicial ou da inocorrência de sua autoria ou co-autoria, bem como a legitimidade de sua conduta em face do ato administrativo que licenciou, permitiu ou autorizou a prática do fato argüido de lesivo ao meio ambiente.

NOTAS

1. Em urbanismo e ecologia as expressões "meio ambiente" e "ambiental", correspondem no francès a environnement, no inglès a environment e environmental, no espanhol a entorno.

2. Sobre direito ambiental, consultem-se, na doutrina estrangeira: Ramón Martin Mateo, Derecho Ambiental, Madri, 1977; McNight. Marstrand & Sinclair, Environmental Pollution Control, Londres, 1974; M. Girold, Droit de la

Protection de la Nature e de l'Environnement, Paris, 1973.

No direito pátrio, vejam-se: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico, Rio, 1975; Sérgio Ferraz, Direito Ecológico — Perspectivas e Sugestões, na Revista da Consultoria-Geral do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1972, vol. 2, n. 4, pp. 4 e segs.; Eurico de Andrade Azevedo e Adilson Abreu Dallari, Fundamentos Legais para o Combate à Poluição Ambiental, no Boletím do Interior da Secretaria do Interior de S. Paulo, vols. 16-30, pp. 185 e segs., Hely Lopes Meirelles, Aspectos Legais Relacionados com a Poluição do Ar, no Estudos e Parecares de Direito Público, S. Paulo, 1971, vol. I, pp. 125 e segs., e Fundamentos Legais para o Combate à Poluição das Águas, na Revista de

Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro, 1965, vol. 14, pp. 56 e segs.; Eduardo Celestino Rodrigues, Combate à poluição merece profunda revisão de critérios, no Estado de S. Paulo, de 31.8.1975, p. 58; Paulo Afonso Leme Machado, Apontamento sobre a Repressão Legal da Poluição, RT 458/279, Urbanismo e Poluícão, RT 469/34, Poluícão por Resíduos Sólidos, RT 485/30, Poluição por Pesticidas, RT 499/27; Helita Barreira Custódio, Autonomia do Município na Preservação Ambiental, S. Paulo, 1976; Alcino Pinto Falcão. Poder de Polícia e Poluição Sonora, RDP 16/73; Roberto Durco, A Problemática da Poluição, "Justitia" 100/19; Arictótoles Atheniense, Lagitimidade e Conveniência da Repressão Judicial à Poluição Sonora, RT 457/289: Cid Tomanik Pompeu, Regime Jurídico da Polícia das Águas Públicas: 1. Polícia da Qualidade, Ed. CETESB, São Paulo, 1976 — Saneamento Básico e Recursos Hídricos na Legislacão Metropolitana. Revista DAE 100/42 — Legislação Ambiental Aplicável às Grandes Represas, Revista DAE 116/58 — Controle da Poluição Hidrica no Brasil, RDA 130/425; Armando H. Dias Cabral, Proteção Ambiental, RDP 47-48/77; Vanda de Oliveira, Poluição Ambiental — Competência Concorrente do Estado e do Município. RDP 64/225: Toshio Mukay. Aspectos Jurídicos da Protecão Ambiental, RDP 73/288; Estudos de vários colaboradores, na "Justitia" 113, volume dedicado ao meio ambiente.

Merece destaque a monografía de Paulo Afonso Leme Machado, Direito Ambiental Brasileiro, Ed. RT, São Paulo, 1982, que nos dá uma visão panorâmica e sistemática da matéria, como também o Direito Urbanístico Brasileiro, de José Afonso da Silva, Ed. RT, São Paulo, 1981, pp. 434 e segs...

O Brasil não possui ainda uma legislação orgânica e sistemática para o controle da poluição, nem para a proteção ambiental, tendo apenas normas esparsas que indicaremos adiante (ver nota 5), quando outros países já têm códigos

e leis gerais sobre a matéria.

Nos EUA vigora o National Environmental Policy Act, de 1969; na Inglaterra, o Control of Pollution Act, de 1974; na Suécia, o Código Ambiental, de 1969; na Itália, a Lei de Protecão Ambiental, de 1966; no México, a Lei Ambiental, de 1971; na Colômbia, o Código Ambiental Colombiano, de 1974; na Espanha, a Lei Contra a Poluícão, de 1972; na Romênia, a Lei Concernente à Proteção do Meio Ambiente, de 1973.

4. A Declaração de Estocolmo, subscrita pelo Brasil, resultante da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo (Suécia), em junho de 1972, dentre outros princípios afirmou: "Aos governos locais e nacionais caberá o ônus maior pelas políticas e acões ambientais da mais ampla envergadura dentro de suas respectivas iurisdições" (item 7).

5. STF, representação de inconstitucionalidade 1.007-4-SP, Rel. Min . Cor-

deiro Guerra, RT 543/247.

A legislação federal concernente ao controle da poluição, salvo erro ou omissão, é a seguinte: Lei nº 5.318, de 26.9.1967, que instituiu a Política Nacional de Saneamento e criou o Conselho Nacional de Saneamento, revogando expressamente as normas pertinentes anteriores (Decretos-leis nºs 248/67 e 303/67); Decreto-lei nº 1.098, de 25.3.1970, que veda aos navios a poluição das águas e o dano aos recursos do mar (art. 3º, § 2º); Decreto nº 7.030, de 30.10.1973, que criou a Secretaria Especial do Meio-Ambiente — SEMA; Decreto-lei nº 1.413, de 14.8.1975, que dispõe sobre o controle da poluicão industrial e atribui, com exclusividade, ao Poder Executivo Federal, o fechamento

de indústrias poluidoras consideradas de alto interesse do desenvolvimento e da segurança nacional; Decreto nº 76.389, de 3.10.1975 (alterado pelo Decreto nº 85.206, de 25.9.1980), que dispõe sobre as medidas de prevenção e controle da poluição industrial de que trata o Decreto-lei nº 1.413/75; Portaria nº 13/76, de 16.1.1976, do Ministério do Interior, que classifica as águas interiores; Portaria SEMA nº 2/77, de 19.1.1977, que homologa normas concernentes a padrões de emissão de fumaça por veículo automotor a óleo diesel; Portaria SE-MA nº 3/77, de 19.1.1977, que impõe às empresas a observância de normas contra a poluição do maio ambiente; Decreto nº 79.367, de 9.3.1977, que dispõe sobre normas e padrões para a potabilidade da água; Decreto nº 81.107, de 22.12.1977, que indica as atividades do alto interesse para o desenvolvimento e a segurança nacional, para efeito do disposto nos arts. 1º e 2º do Decreto-lei nº 1.413/75; Portaria Interministerial OF1/78, de 23.1.1978, dos Ministêrios das Minas e Energia, do Interior, e dos Transportes, que recomenda a observância das normas federais no enquadramento dos corpos d'água, respeitando-se os usos outorgados pela União; Portaria Interministerial nº 90/78, dos Ministérios das Minas e Energia, e do Interior, que institui o Comitê Especial de Estudos Integrados de Bacias Hidrográficas - CEEIBH: Portaria nº 442-Bsb-78, de 3.10.1978, do Ministério da Saúde, que aprova normas para proteção sanitária de mananciais destinados a abastecimento, que passaram a ser obrigatórias a partir de 6.10.1980; Portaria nº 323/78, de 29.11.1978, do Ministério do Interior, que proíbe o lançamento de vinhoto (restilo) nos corpos d'água; Portaría nº 2.010/78, de 26.12.1978, do Ministério das Minas e Energia, que sujeita os concessionários a apresentarem licença de funcionamento, expedida pelo órgão estadual ou municipal responsável pelo controle da poluição; Portaria SEMA nº 2/79, de 9.2.1979, que dispõe sobre a derivação de águas públicas federais para preservação ambiental; Portaria WINTER GM n.º 53/79, de 1.3.1979, dispondo sobre o tratamento de resíduos sólidos (lixo): Decreto nº 83.540. de 4.6.1979, que dispõe sobre poluição por óleo no mar; Lei nº 6.662, de 25.6.1979, que dispõe sobre política nacional de irrigação, Portaria DNAEE nº 99/79, de 31.8.1979, que aprova normas para apresentação de projetos relativos à exploracão de recursos hídricos; Decreto nº 84.017, de 21.9.1979, que aprova o regulamento dos parques nacionais; Portaria MINTER nº 92, de 19.6.1980, que dispõe sobre emissão de sons e ruidos; Lei 6.803, de 2.7.1980, que dispõe sobre zoneamento industrial; Portaría MINTER nº 100/80, de 14.7.1980, que dispõe sobre emissão de fumaça por veículos a óleo diesel; Decreto nº 84.973, de 29.7.1980, que dispõe sobre co-localização de estações ecológicas e usinas nucleares; Portaria MINTER GM nº 124/80, de 20.8.1980, sobre localização de indústrias e construções potencialmente poluidoras; Lei n.º 6.902, de 27.4.1981, que dispõe sobre a criação de estações ecológicas; Lei nº 6.938, de 31.8.1981, que dispõe sobre o meio ambiente, regulamentada pelo Decreto nº 88.351, de 1.6.1983; a Lei nº 7.347, de 24.7.1985, que disciplina a acão civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente.

7. O Estado de S. Paulo promulgou a Lei n.º 997, de 31.5.1976, regulamentada pelo Decreto n.º 8.468, de 8.9.1976, dispondo sobre o controle da poluição em geral. Anteriormente, já havia editado a Lei nº 898, de 18.12.1975 e posteriormente publicou a Lei nº 1.172, de 17.11.1976, ambas regulamentadas pelo Decreto nº 9.714, de 14.4.1977, disciplinando, o uso do solo, para proteção aos mananciais da Região Metropolitana da Grande S. Paulo, mas todos esses diplomas são deficientes e em alguns pontos invadem a competência da União (STF RT 543/247). A Lei complementar estadual nº 304, de 28.12.1982 (Lei Orgânica do Ministério Público) defere ao Procurador-Geral da Justiça competência para designar, em cada Comarca, o Promotor de Justica que se incumbirá da proteção do meio-ambiente (art. 34, a).

8. Ramón Martin Mateo, Derecho Ambiental, Madri, 1977, p. 95. Este mesmo autor informa que nos EUA, qualquer projeto de empreendimento público que possa afetar significativamente o meio ambiente deverá ser previamente submetido à consideração da Environmental Protection Agency (EPA), que pode vetá-lo, ficando então sujeito à apreciação judicial, nos termos do já referido Environmental Policy Act. of 1969.

9. No RE 73.876-SP, julgado em 6.3.1974, o STF reconheceu à Municipalidade de S. Paulo o poder de regular a escavação em margem do rio, na área urbana, para a retirada de areia e outros minérios, com a exigência de recomposição do meio ambiente, caução prévia para expedição do alvará e multa por sua

infringência.

10. Sobre a ação civil pública, vejam-se: Antonio Augusto Melo de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nélson Nery Júnior, Ação Civil Pública e Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos, Ed. Saraiva, 1984; e mais os artigos dos seguintes autores: Pedro Roberto Decomain, O Ministério Público e a Proteção do Meio Ambiente, in Revista de Informação Legislativa, 21/385; Paulo Afonso Leme Machado, Ministério Público, Ambiente e Patrimônio Cultural, in Revista de Informação Legislativa, 89/293 e também Responsabilidade Civil e Dano Ecológico, in Anais do III Simpósio Nacional de Direito do Meio Ambiente, São Paulo, 1982, p. 62 e segs.; Luiz Roberto Tomazzi, Ministério Público e Defesa do Meio Ambiente, in "Justitia" 113/135; Sérgio Roxo da Fonseca, O Ministério Público e o Dano Ecológico, in "Justitia" 113/143; Toshio Mukay, Aspectos Jurídicos da Proteção Ambiental no Brasil, in "Justitia" 126/25; Rubens Naves, Proteção Ambiental e Constituinte, in Anais do IV Simpósio de Direito do Meio Ambiente, Goiânia, 1984, p. 5 e segs.

11. Esta nova atribuição ao Ministério Público não suprime a sua legitimação para propor ações penais por contravenções e crímes contra bens públicos, definidos em outras leis, tais como o Código Penal (art. 163), o Código Eleitoral (art. 328), o Código Florestal (arts. 26 e 32), o Código de Caça (art. 27 a 34), o Có-

digo de Pesca (art. 35, c-d, e 61) etc.

12. Veja-se nosso Mandado de Segurança e Ação Popular, Ed. RT, São

Paulo, 1985, p. 79 e segs..

13. Veja-se, Ada Pellegrini Grinover, coordenadora da coletânia Tutela dos Interesses Difusos, vários autores, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1984 e também Toshio Mukay, A Lei de Defesa dos Interesses Difusos, in Boletim de Direito Administrativo da Prefeitura de São Paulo, agosto de 1985, p. 86 e segs...

14. Veja-se a Lei nº 6.803, de 2.7.1980, que dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e a Portaria MIN-TER nº 124, de 20.8.1980, que dispõe sobre a localização de indústrias e constru-

cões potencialmente poluidoras.

15. A Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo, (Lei complementar nº 304, de 28.12.1982) comete ao Procurador-Geral da Justiça a designação de um membro do Ministério Público, em cada Comarca, para a proteção e defesa do meio ambiente e do patrimônio cultural e natural do Estado (art. 32, inciso 34).

AS CLÁUSULAS "DE PRIVILÉGIO" NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

J. CRETELLA JÚNIOR
Titular Unico de Direito Administrativo da Faculdade
de Direito na Universidade de São Paulo

Síntese: 1, Introdução, 2. O vocábulo "exorbitante", 3. Crítica à denominação, 4. Influência negativa do direito civil. 5. Método de trabalho do administrativista. 6. A figura contratual. 7. O referencial civilístico. 8. "Exorbitância" e "derrogação". 9. Contrato administrativo. 10. Conceito de "cláusulas". 11. A "cláusula", categoria jurídica. 12. Definição da "cláusula exorbitante". 13. "Cláusula exorbitante" e "contrato administrativo". 14. Exemplos de "cláusulas exorbitantes". 15. Regime jurídico do contrato administrativo. 16. Modalidades de contratos administrativos. 17. As "cláusulas de privilégio" no contrato de concessão. 18. "Cláusulas exorbitantes", na teoria e na prática. 19. Conclusão.

1. Introdução.

Toda doutrina francesa, alicerçada em reiteradas decisões do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos, com exceção da voz isolada de Francis-Paul Bénoit (cf. Le droit administratif français, Paris, 1968, p. 598), é unânime em ressaltar a importância da chamada cláusula exorbitante como "traço", "caráter" ou "índice" típico do contrato administrativo, a tal ponto que o conceito deste será — e não poderá deixar de ser — "o acordo de vontades de que participa o Estado e que contém, inseridas, cláusulas exorbitantes do direito comum". Contrato administrativo é o que contém cláusula exorbitante.

Desse modo, "cláusula exorbitante" é a proposição mandamental, formulada pela Administração e aceita pelo particular e que, inscrita entre as demais cláusulas do contrato, o tipifica como administrativo.

A noção de cláusula exorbitante, cláusula derrogatória (do direito comum), ou melhor, "cláusula de privilégio", assume, assim, relevância extraordinária no campo do direito público, porque é o "divortium aquarum" entre o contrato de direito privado e o contrato de direito administrativo, este último, por sua vez, espécie do gênero contrato de direito público, motivo por que elegemos a cláusula exorbitante do direito comum que, na prática; ainda suscita algumas controvérsias, para a elaboração deste artigo especializado (cf. o artigo de Georges Vedei, Remarques sur la notion de clause exorbitante, em Melanges Mestre, ed. Sirey, 1956, p.527).

"Cláusulas de privilégios", "cláusulas de prerrogativas", "cláusulas exorbitantes" ou "cláusulas derrogatórias" são as que permitem à Administração, "dentro do contrato", inegável posição de supremacia, de desnível, verticalizando o Estado em relação ao particular contratante, mostrando ao intérprete que, ao contratar, a Administração "não desce", "não se nivela", "não se privatiza", "não abdica de sua potestade pública" ("puissance publique"), mas, ao contrário, "dirige" o contratante, fiscaliza-lhe os atos, concede-lhe beneficios, aplica-lhe penalidades, baixa instruções, transfere-lhe alguns dos privilégios de que é detentora, impõe-lhe "sujeições", sempre fundada no interesse público, do qual é guardiã îninterrupta.

2. O vocábulo "exorbitante".

"Exorbitante" e "derrogatório" são os dois atributos com que os cultores do direito público se referem a esta modalidade especial de "cláusula" que, inserida em acordos da Administração, vai caracterizar o contrato administrativo.

"Exorbitante" significa, ao pé da letra, "que sai da órbita"; "derrogatório" tem o sentido de "abolição", "anulação", "substituição" (de preceitos legais).

Ad litteram, "cláusula exorbitante" é a que sai da órbita do direito privado e passa a gravitar na órbita do direito administrativo; "cláusula derrogatória" é aquela "que substitui", "que fica em lugar" da "cláusula do direito privado", precisamente porque entra na esfera do direito público. Ao passo que a cláusula do direito comum estabelece a horizontalidade dos contratantes, nivelando-os, a cláusula exorbitante acentua a verticalidade, desnivelando "para mais" a Administração e "para menos" o particular, revelando que o Estado ingressa no contrato "como Estado", com toda sua "puissance publique", assinalando o traço continuo de "diretor" do particular, na execução de contrato. Não raro, a "potestade pública" é em parte transferida ou delegada ao particular contratante, ad usum certum.

3. Crítica à denominação.

Denominar, por exclusão, residualmente, de "exorbitante" ou de "derrogatória", determinada cláusula, é atribuir ao direito civil a posição de matriz do direito administrativo, ou, em outras palavras, é esquecer a categoria jurídica, que transcende os dois ramos e imaginar que o arquétipo ou referencial absoluto da árvore jurídica é o "jus civile", passando toda construção jurídica a ser elaborada a partir deste importante e mais antigo ramo do direito.

Dizer que cláusula exorbitante é a que não pode figurar no contrato de direito civil, sem desnaturá-lo, é o mesmo que afirmar: "cláusula exorbitante" é a que não é cláusula privada. Assim também, esclarecer que cláusula derrogatória é a que substitui a cláusula privada é o mesmo que dizer: cláusula derrogatória é que fica em lugar da cláusula civil. Tais afirmações nada acrescentam ao esclarecimento do tema, configurando estéril tautologia. Nem elucida também a afirmação que diz: cláusula exorbitante é a INABITUAL nos contratos prívados, por "ilícita", nestes.

4. Influência negativa do direito civil.

Quando se diz "exorbitante", o referencial é o "dîreito civil".

A verdade é que o direito civil, importante e tradicional ramo da ciência jurídica, não é nem raiz nem tronco principal da árvore jurídica, mas um dos ramos em que o tronco-matriz se biparte; é o cadinho comum, em que se misturam os ingredientes jurídicos, a principiar pela nomenclatura; é o ramo que despontou em primeiro lugar, que cresceu mais depressa e que se projetou no tempo. Nunca, entretanto, o tronco-mestre, do qual se foram desgalhando os outros ramos.

A irradiação é sucessiva, convenhamos. Não sendo concomitante, deu a impressão de que uns ramos emergiram de outros, gerando a idéia de que o direito civil é o centro propulsor da própria ciência do direito. Cabe ao cultor do direito público reformular a experiência jurídica à luz de princípios próprios, extremando

as matrizes públicas das matrizes privadas e submetendo os institutos do direito administrativo a tratamento adequado de direito público.

Diante do caso concreto a ser resolvido, a doutrina e a jurisprudência hesitam, custando a tomar posição no enquadramento de hipóteses peculiares ao direito público. O impacto dos princípios informativos do direito privado atinge em cheio — e negativamente — o raciocínio desprevenido do cultor do direito público, ainda fortemente vinculado ao direito civil.

O jurista e o magistrado, muitas vezes, tomam conhecimento do instituto, chegam mesmo a intui-lo de modo correto em suas linhas gerais, mas falta-lhes a exata cobertura doutrinária e a respectiva tradição pretoriana para tomada certa de posição.

Problemas jurídicos, simples, em si, por receberem tratamento inadequado, resolvem-se de maneira incorreta, já que tratados, depois de equacionados, em termos de direito privado.

Típicas questões de direito público, analisadas em moldes civilísticos, desvirtuam-se, conduzindo a desastrosos resultados, inaceitos, pois, pelos que trabalham sob o rigor científico que a ciência do direito exige.

Inúmeras vezes observa-se que são resolvidas com exatidão questões de fato. Aplicam-se-lhes, no entanto, fórmulas inadequadas. Falta, ao trabalho do jurista menos avisado, a *certa adaequatio*, o uso da mensuração compatível, enfim, o equacionamento e solução em termos e moldes de direito público.

Como proceder? Que método seguirá o cultor do direito no equacionamento e resolução de questões típicas de direito público?

O caminho é simples. Abandonem-se, antes de tudo, as fórmulas tradicionais elaboradas pelo direito civil. Elas servem para o direito privado, mas não se ajustam, mesmo depois de alteradas, para a solução de problemas do direito público.

Para o encontro da via certa, reexaminem-se as colocações adotadas, indague-se a respeito das "formas puras" e descompromissadas da jurisprudência de que fala STAMMLER. Desse modo, alcançam-se as categorias jurídicas, procedendo-se a seguir, em sentido inverso, isto é, parte-se destas — e não dos resultados a que já chegou o direito privado — para a identificação das espécies inerentes ao campo publicístico. Rejeite-se, portanto, e sempre, qualquer tentativa de transposição de institutos — mesmo adaptados — de um campo para outro campo do direito.

Categoria jurídica é a formulação genérica, in abstracto, com índices essenciais, mais gerais, não comprometida ainda com nenhum dos ramos do direito. Trata-se da figura iuris tomada em sua generalidade máxima, caracterizada por conotações típicas do gênero, mas não identificadora da espécie.

5. Método de trabalho do administrativista.

Impossível, num primeiro momento de reflexão sobre tema tão complexo, equacionar e resolver teses de tal relevância. Nosso objetivo é, antes de tudo, chamar a atenção dos especialistas para o perigo da transposição (mesmo com adaptações) de institutos de um campo para outro campo do direito.

Até agora o primado civilista tem prevalecido, formando-se mesmo uma mentalidade privatística, que equaciona e resolve, em termos tradicionais, os problemas do direito público, levando para o novo campo os próprios resultados

alcançados. Traduz-se. Pede-se emprestado. Adapta-se. Transpõe-se. Não se fala a linguagem nova e específica do direito público.

Assim, quando se analisa a fundação de direito público ou o contrato de direito público, o ponto de partida é a fundação privada ou o contrato privado, ao invés de principiar-se pelas matrizes fundacionais ou contratuais. Chega-se ao cúmulo de raciocinar-se dentro dos esquemas rigidos do direito positivo, afirmando-se: "o Código Civil só admite e só regula a fundação privada. Logo, é claro que a fundação é instituto tipico do direito civil".

Ora, tanto o contrato como a fundação se caracterizam, no direito privado, por notas secundárias, acessórias, que, é claro, se encontram no setor do direito público. Uma espécie difere da outra espécie do mesmo gênero, precisamente pela diferença específica. No caso, o contrato de direito privado difere do contrato de direito público, embora ambos se prendam ao protótipo contrato, que é a categoria jurídica, comum aos dois; assim também a fundação privada difere da fundação pública, ambas, porém, presas à matriz jurídica fundacional.

Partindo-se da matriz civilista para atingir o instituto administrativo, nega-se o contrato público e a fundação pública, pois nestes últimos institutos não se encontram as conotações que os distinguem no direito privado.

Evidente. Como encontrar, necessariamente, no irmão, um traço típico de outro irmão, se o primeiro pode ter herdado características genéticas típicas dos pais, inexistentes no segundo?

Não se pode deixar de lado a figura pura, *in genere*, antes de sua entrada em um dos ramos (privado ou público), para trabalhar-se com a matriz espécie, já reconhecida por traços típicos inconfundíveis.

A reformulação das matrizes do direito administrativo está ainda por fazer-se, mas a partir da categoria jurídica, não a partir da espécie diferenciada. Definindo-se as figuras jurídicas, *in genere*, uma a uma, antes do ingresso na área privatística, trabalha-se com a matriz genérica, descendo-se desta, a seguir, para o campo que se pretende estudar.

Nessa fase de análise vestibular dos institutos ter-se-á a cautela de separar o principal do acessório, o gênero da espécie, definindo-se, de maneira sintética, mas inconfundível, a forma pura, a matriz, a categoria.

Em suma, deve-se comparar o instituto em vários ramos do direito. Dai, por meio da abstração e da generalização deve chegar-se à categoria. Por fim, como contraprova, descer da região ôntica da categoria para cada espécie diferenciada.

Nesse trabalho, examinam-se os institutos aos pares (público e privado), dois a dois, lado a lado, procedendo-se indutivamente, da espécie ao gênero, do particular ao geral, eliminando-se o traço acessório e fixando-se o indice principal, num depuramento ascensional continuo, até chegar-se ao modelo indiferenciado, por meio do superamento das formas privadas e públicas.

As modalidades diferenciadas nos vários campos da ciência do direito — as espécies — é que fornecerão os subsídios necessários para a construção do protótipo indiferenciado comum. Procedendo-se, depois, em sentido inverso, reversiva e dedutivamente, é possível descer a cada um dos campos, valendo as figuras tipificadas como meio científico de contraprova.

Pesquisa sistemática no capítulo da terminologia, das pessoas (privadas e públicas), das coisas (privadas e públicas), dos contratos (privados e públicos), das sucessões (privadas e públicas) irá fornecer os elementos básicos para a for-

mulação dos problemas típicos do direito administrativo, dando respostas a indagações da seguinte natureza: quando é que uma pessoa jurídica se enquadra no direito privado? Quando no direito público? A figura do contrato é comum ao direito privado e ao direito público ou existe apenas no campo do direito privado? Quais os "sinais" ou "indices" que permitem distinguir o contrato de direito privado do contrato de direito público? Houve uma evolução no delineamento da figura contratual ou o direito atingiu tal fase de amadurecimento científico que permitiu a seus cultores visão mais penetrante de velhos problemas à luz de novas perspectivas?

Qual o conceito genérico de fundação? E de contrato? A fundação e o contrato, milenarmente trabalhados pelo direito privado romano e que chegaram a nossos dias mediante a estruturação elaborada pelo direito civil, petrificam-se no direito civil ou existem também no âmbito do direito administrativo? O ato administrativo não é o mesmo ato jurídico, numa de suas modalidades diferenciadas, estando um diante do outro como o gênero está para a espécie? A sucessão é típica do direito privado ou pode haver sucessão de direito público?

Essas figuras devem ser estudadas, em simetria, lado a lado, confrontandose as modalidades do direito civil com as paralelas do direito administrativo.

6. A figura contratual.

A opinião comum, esclarece FRITZ FLEINER (Les principes généraux du droit administratif allemand, 1933, p.133), vê no contrato uma forma do direito privado, chegando-se mesmo a afirmar que o contrato é um instituto de direito privado, só possível entre sujeitos iguais. Não se deve, entretanto, conclui aquele autor, enfrentar o problema de modo tão superficial.

A verdade é que a conceituação do contrato é noção geral do direito e não, em particular, do direito privado (cf. KAMMERER, La fonction publique em Allemagne, 1899, p.95). "O contrato", sustenta HANS KELSEN, "não é um conceito do direito privado, nem do direito público; em sua natureza formal, é um conceito da teoria geral do direito" (cf. nosso Tratado de direito administrativo, 1967, vol. III, p.28).

O contrato gênero, o contrato categoria jurídica, é realidade imposta pela unidade ontológica do direito, dotado daqueles traços de universalidade que inexistem nas modalidades diversificadas, encontradas no campo do direito constitucional, do direito administrativo, do direito civil, do direito comercial, do direito internacional público e privado, do direito econômico e financeiro.

No domínio do direito privado, existem numerosos principios que foram estabelecidos, fixados e desenvolvidos no domínio privado, mas que por sua natureza não são princípios do direito privado, porém, princípios gerais do direito (cf. PAUL LABAND, Le detroit public de l'Empire Allemand, 1900, Prefácio, vol. I, p.4).

Eis porque é erro de método tentar a "transposição" do contrato do direito privado, já diferenciado, para o campo do direito administrativo, ao invés de trabalhar com a categoria contratual pura, antes da respectiva estruturação num dado ramo da ciência jurídica.

Falece, assim, total razão aos autores que, sob o impacto direto do direito privado, querem impugnar, primeiro, o vocábulo contrato, que julgam inexistir na terminologia do direito público, depois, a própria figura contratual, como institu-

to jurídico, pois pretendem ver nos acordos celebrados pelo Estado um ato bilateral, nunca um contrato, já que a Administração tem o direito de modificar, unilateralmente, certas cláusulas — as cláusulas regulamentares —, fundamentadas no princípio salus populi suprema lex est.

O erro de ótica dos que assim pensam é pretender trabalhar com a figura estruturada do direito civil, ao invés de partir da figura arquétipo, da matriz indiferenciada, da categoria jurídica, da forma pura. Contrato é, em formulação genérica, o acordo de duas ou mais pessoas a respeito de declaração de vontade comum, destinada a regular os respectivos direitos e obrigações das partes. Assim definido, categorialmente, o contrato não é nem privado, nem público. É a figura iuris matriz, aproveitada depois pelas duas alas da ciência jurídica. Em nosso caso, passa-se do contrato ao contrato de direito público, deste ao contrato de direito administrativo, subespécie do contrato de direito público.

Não se pode tomar como ponto de partida o contrato de direito civil — locação, compra e venda, mútuo, comodato — para chegar-se ao contrato de direito público constitucional, contratos do direito internacional privado e público, contrato de direito administrativo, contrato de direito econômico e financeiro.

Por que maravilha — indagava JOÃO TELLO DE MAGALHÃES COLAÇO — é que, de um contrato de direito civil, derivariam para o concessionário direitos de poder público — os de desapropriação, política, fiscalização? (**Concessões de serviços públicos**, 2ª ed., 1918, p. 44).

A concepção do contrato como figura peculiar ao direito privado é simples e pernicioso preconceito, que os princípios gerais de direito facilmente espancam e destroem (MÁRIO MASAGÃO, **Natureza jurídica da concessão de serviço público**, tese de concurso, 1933, p.100).

7. O referencial civilístico.

Autonomia não significa, porém, emancipação total. Porque "o uso do cachimbo faz a boca torta", o direito civil continuou a ser o referencial obrigatório para as construções do direito administrativo.

Mesmo em nossos dias, dois dos mais autorizados mestres do direito administrativo francês, RIVERO e VEDEL, conceituam a nossa disciplina como o ramo exorbitante e derrogatório do direito comum. Ao invés de definirem o novo ramo, em si e por si, conceituam-no a partir do direito civil, residualmente.

Permanecem, no âmbito do direito administrativo, matrizes do direito civil, ora integras, ora metamorfoseadas para o enquadramento de institutos do direito público. Em ambos os casos, erro de método; no primeiro caso, transposição pura e simples, no segundo caso, transposição alterada, "adaptada", "ajustada".

As matrizes do direito civil, adequadas àquele ramo do direito, não podem ser adaptadas para a tradução dos institutos típicos do direito administrativo. Matrizes diferenciadas, já passaram pelas transformações exigidas para a solução dos problemas do direito privado. Devem, pois, permanecer neste campo.

O direito administrativo trabalha com matrizes paralelas, mas inconfundíveis com as forjadas para a estruturação dos institutos do direito civil.

Postas lado a lado as matrizes do direito privado e as matrizes do direito público, podemos observar caracteres comuns a ambas, o que permite atingir as matrizes categoriais, as categorias jurídicas.

Ao tratar das chamadas "cláusulas exorbitantes" ou "cláusulas derrogatórias", queremos acentuar a inegável importância do direito civil, nos direitos do sistema romanistico, ao mesmo tempo que pretendemos também ressaltar a relação desse ramo do direito com os demais, frisando a conexão de espécie a espécie, não de gênero a espécie, como se tem feito. Esta última colocação é contrária às regras da lógica formal, distorce a ótica jurídica, conduzindo ao criticável método da transposição, que consiste em levar para o campo do direito administrativo institutos já estruturados, que atingiram, no decorrer do tempo, o mais alto grau de desenvolvimento e perfeição, no setor privatístico.

Tomando-se como referência o direito civil, corre-se o risco de captar o instituto privado já trabalhado e diferenciado — a espécie — e de transpô-lo para o âmbito público, a fim de apresentar a outra espécie paralela. No caso, a espécie é alcada à categoria de gênero; na verdade, pseudo gênero.

Ao contrário, partindo-se do gênero — a categoria jurídica —, trabalhar-se-á com a matriz, com o arquétipo, com a fórmula pura, com o modelo genérico, que se flexionará às modalidades peculiares aos diferentes ramos do direito. Como contraprova, os vários esquemas específicos fornecerão a matéria-prima indispensável para, mediante a abstração, proceder-se à escalada do iter inverso e ascender-se ao modelo jurídico descompromissado com cada instituto particular dos setores do mundo do direito.

Colocando em primeiro plano o direito civil, irmão tradicional e prestigiado da árvore jurídica, nem por isso se permitirá que o cultor do direito administrativo dele se utilize como referencial obrigatório, o que, inobservado, tem conduzido, inclusive, à definição dos institutos públicos como "derrogatórios" e "exorbitantes" do direito comum, quando, na realidade, não ocorre nem "derrogação", nem "exorbitância", mas apenas diferenças específicas, sabidamente existentes nas espécies, ao serem confrontadas com os respectivos gêneros de que descendem.

Corrigida a distorção metodológica, será possível ao cultor do direito público proceder ao reexame crítico da nomenclatura, das pessoas, das coisas, das obrigações, à luz de nova ótica, desvinculada da tradição milenar que imantou os quadros jurídicos na direção do direito civil.

9. Contrato administrativo.

"Contrato administrativo", definimos em outra obra, repetindo, aliás, a colocação residual da maioria dos autores, "é todo acordo oposto de vontades de que participa a Administração e que, tendo por objetivo direto a satisfação de interesses públicos, está submetido a regime jurídico de direito público, exorbitante e derrogatório do direito comum" (cf. Direito administrativo brasileiro, Forense, 1983, vol. I, p.391). Em nossa definição, está implícita a inserção da cláusula exorbitante, no contrato.

A teoria do contrato administrativo constitui ponto dos mais relevantes, no âmbito do direito público, não só pela freqüência com que é lembrada, como também porque aqui se localiza a fronteira menos definida do direito público e do direito privado (cf. Themístocles Brandão Cavalcanti, Tratado de direito administrativo, 3ª ed., 1955, vol.I, p.309).

Versada embora por quase todos os especialistas, nem por isso deixa de ser "uma das mais controvertidas e sérias questões do direito público" (cf. João de Melo Machado, **Teoria jurídica do contrato administrativo** e J.S. da Gama e Silva, **Dos contratos administrativos**, em RDA, I/fasc.2, pp.717-718).

Cautela preliminar se impõe, no tratamento deste assunto, qual seja a diferença que se deve estabelecer com toda a nitidez entre contratos "da" Administração e contratos administrativos, expressões que designam realidades diferentes (ver nosso **Direito administrativo brasileiro**, Forense, 1983, vol.1, p. 384 e André de Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, 1953, p.415).

Nem todos os contratos, celebrados pelo Estado, são contratos administrativos, pois a Administração pode celebrar contratos de direito privado, além de celebrar contratos de direito público. Contratos "da" e "de" administração.

O contrato administrativo, espécie do gênero contrato de direito público, é precisamente o "resíduo", aquilo que resta dos contratos "da" Administração, quando faz acordos ou ajustes.

Contrato administrativo é, para Rafael Bielsa, aquele que a Administração celebra com outra pessoa, pública ou privada, física ou jurídica, e que tem por objeto a prestação de utilidade pública (**Derecho administrativo**, 5.ª ed., 1955, vol.II, p.142).

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao conceituar o contrato administrativo, ressalta-lhe os traços característicos, descrevendo-o como o acordo celebrado entre a Administração e terceiros ("Elementos de Direito Administrativo", p. 141).

10. Conceito de "cláusula".

"Cláusula" é a disposição especial, inserta em ato ou em contrato. Do substantivo latino "cláusula", ligado à mesma raiz do verbo "cláudere", fechar, o vocábulo já tinha, na lingua-mãe, o sentido de "fim", "encerramento", "fecho", "conclusão", "artigo" (Digesto, 4, 3, 25).

"Cláusula" é toda manifestação de vontade encerrada ou inserida no contrato. Os contratantes "retiram" do sistema jurídico, em que vivem, vários dispositivos que são "petrificados", "encerrados", "inseridos", "fechados", "confinados". Eis as cláusulas, proposições mandamentais ou imperativas, que passam a reger o mundo dos contratantes. Trata-se de menor e particular mundo jurídico, dentro de mundo jurídico maior, que é o sistema de direito a que pertencem os contratantes.

11. A "cláusula", categoria jurídica.

Definida a "cláusula" in genere, como toda proposição mandamental que, nos contratos, limita e ordena a vontade dos contratantes, estamos diante da cláusula categorial, ainda não comprometida nem com o direito público, nem com o direito privado, mas comum aos dois ramos, pois é modelo, matriz, categoria, standard, arquétipo, tipo indiferenciado, ainda não desdobrado.

A cláusula, assim conceituada, pode desdobrar-se, tipificando qualquer modalidade de contrato público ou privado, em todos os ramos da ciência do direito que admitam a figura contratual.

No contrato administrativo, a cláusula, nele inserida, adquire relevo todo especial a tal ponto que esse tipo de acordo celebrado pela Administração é caracterizado, de imediato, por conter proposição **sui generis**, que não poderia estar presente, nunca, nos ajustes horizontais privados, porque iria descaracterizá-los, por ser "ilícita" e "inabitual".

Cabe à doutrina francesa a elaboração do conceito da "cláusula exorbitante" ou "cláusula derrogatória" do direito comum, também denominada de "cláusula administrativa" (Rouvière, **Les contrats administratifs**, 1930, p.141) e, para nós, "cláusula de privilégio".

A proposição mandamental, que estamos estudando, é designada por nome criticável, mas bastante expressivo: cláusula "que sai da órbita", "que se afasta dos cânones", ou que "foge dos parâmetros privatísticos". "Exorbita" do direito civil para entrar na órbita administrativa. Desprivatiza-se para publicizar-se. Despe os traços do direito civil para vestir a roupagem administrativa.

A nosso ver, como dissemos adiante (cf. ainda nosso livro **Direito administrativo brasileiro**, Forense, 1983, p.396), a expressão "clâusula exorbitante", embora expressiva, è criticável porque residual. Não é denominação válida, em si e por si, mas tomada com referência ao direito civil, ao chamado "direito comum" melhor seria denominá-la "cláusula de privilégio", "cláusula vertical", "cláusula de prerrogativa", sem reportá-la, terminologicamente, ao direito privado, "por exclusão", "residualmente", em relação de minuendo-subtraendo-resto: **cláusula exorbitante** é a que não pode estar no contrato privado. "Inabitual", "inusual", na empregada no estatuto privado, se neste fosse introduzida, atentaria contra a ordem pública, por causa de seu caráter de "ilicitude". Introduzida em contrato privado, não o transformaria em "contrato administrativo", mas seria "corpo estranho", repelido pelo direito.

Tendo sido elaborada pelo Conselho de Estado Francês, que lhe deu origem e a introduziu, no âmbito do direito público, a teoria da cláusula exorbitante impôs-se ao mundo jurídico, porque serviu de indice para estabelecer a diferença específica entre o contrato de direito comum e o contrato administrativo.

Em vários pronunciamentos, a elaboração pretoriana do Conselho de Estado firmou a colocação de que as "cláusulas exorbitantes são estipulações que têm por finalidade conferir, às partes, direitos, ou onerá-las com obrigações, diferentes, por natureza, daquelas que são suscetíveis de serem livremente consentidas por quem quer que contrate sob o império das leis civis ou comerciais" (Decisão do Conselho de Estado de 20 de outubro de 1950, Stein, **Récueil, p.505, apud Georges Vedel, Droit administratif,** 5ª ed., 1973, p.233), ou, ainda "cláusulas que diferem, pela natureza, daquelas que podem ser insertas em contrato análogo de direito civil (Decisão do Tribunal de Conflitos, de 19 de junho de 1952, Société des combustibles et carburants nationaux, **Récueil,** p.628, apud Vedel, **Droit administratif,** 5ª ed., 1973, p.233).

Da jurisprudência, a noção de cláusula exorbitante passa à doutrina, recebe conceitos diversos, conforme os autores, todos, porém, unânimes, quando comparam a cláusula exorbitante com a cláusula paralela do direito civil.

Rouvière define a clausula exorbitante ou administrativa como "a clausula que o particular não poderia inserir no contrato celebrado com outro particular, porque ela postula a existência do poder público, atuando no contrato (Les contrats administratifs, 1930, p.161). A atuação do poder público é força "de fora" que vai incidir sobre o que o particular contratante já pactuou.

Vedel elucida que a cláusula exorbitante confere ao contrato, celebrado por uma pessoa pública, um caráter administrativo, mesmo que tal contrato não se relacione com o serviço público" (**Droit administratif**, 5.º ed., 1973, p.233).

Laubadère não oferece nenhuma definição própria, mas expõe com clareza a noção jurisprudencial, que parece adotar: "deve ser considerado administrativo o contrato, no qual se acha inserida qualquer cláusula que não poderia ser encontrada nos contratos concluídos entre particulares. A estipulação de tais cláusulas faz presumir que a Administração entendeu dever recorrer ao procedimento de direito público. Ao contrário, contrato de direito comum é aquele que não contém senão cláusulas análogas às que se encontram habitualmente nos contratos privados" (Traité élémentaire de droit administratif, 3º ed., 1963, vol.l, p.286). O que disse Laubadère contraria os princípios lógicos da definição, caindo em verdadeiro círculo vicioso, que nada esclarece.

Rivero, adotando também a colocação jurisprudencial, particularizada em decisão do Conselho de Estado prolatada em 10 de maio de 1963, **Societé La Prosperité Fermière**, na **Revue de Droit Public**, 1963, p.597, assinala que "exceto nos casos de participação na própria execução do serviço, um contrato, mesmo que tenhá por objeto um serviço público, somente é administrativo se as partes manifestaram a vontade de subtraí-lo ao direito civil, adotando cláusulas que o derrogam. Eis a cláusula exorbitante, ou derrogatória do direito comum, que, nestes casos, constitui o critério decisivo do contrato administrativo" (**Droit administratif**, 11ª ed., 1983, p.120). Quando, porém, temos uma cláusula derrogatória? É difícil responder com certeza, sabendo-se que o direito civil consagra o princípio da liberdade contratual, autorizando as partes a adotar cláusulas as mais variadas. São, certamente, derrogatórias as cláusulas que excedem essa liberdade, e, nesse caso, insuscetíveis de figurar em contrato celebrado entre particulares, por serem contrárias à ordem pública" (cf. **Droit administratif**, 9ª ed., 1980, p.121).

Waline, apoiando-se em decisão do Conselho de Estado, prolatada em 11 de maio de 1956, quando a Suprema Corte, em matéria administrativa, julgou questão em que era parte a Societé Française des Transports Gondrand Frères (cf. Marcel Waline, **Droit administratif**, 9ª ed., 1963, p.572), esclarece que, "se o contrato, concluído embora para a satisfação das necessidades de um serviço público, não tem por finalidade confiar ao particular contratante a própria execução de serviço, ele é contrato de direito privado, a menos que contenha referência ao caderno de encargos ou à cláusula exorbitante do direito comum".

Criticando a definição de Vedel que diz ser exorbitante "toda cláusula inabitual nos contratos de direito privado". Waline propõe o critério da ordem pública, para caracterizar a cláusula exorbitante. "Cláusula exorbitante é aquela que, por natureza, não poderia ser inserida em contrato de direito privado sem infringir a ordem pública" (cf. **Droit administratif**, 9ª ed., 1963, p.572).

"Parece-me todavia mais exato dizer", acrescenta Waline, "que a cláusula exorbitante do direito comum é aquela que não se ericontra, normalmente, no contrato de direito privado, seja porque ela, nele inserida, seria nula como contrária à ordem pública, seja ainda porque ela tem sido inserida no contrato pela autoridade administrativa, em função de preocupações de interesse público estranhas às pessoas de direito privado, quando estas contratam entre si" (**Droit administratif**, 9ª ed., 1963, p.572).

"Para que o contrato celebrado pela pessoa pública seja considerado administrativo, ou deve conter cláusulas exorbitantes do direito comum, ou permitir a participação do particular contratante na própria execução do serviço público, conceituando-se como exorbitante a cláusula que, usualmente, não se encontra

nos contratos privados, na maior parte das vezes porque, se figurasse nesses contratos, seria **ilícita** (Charles Debbasch, **Droit administratif**, 1968, p.273). "I-nabítualidade" e "ilicitude" são vocábulos empregados pela doutrina francesa, quando se refere à cláusula exorbitante, ausente dos contratos privados.

Em dois livros assinalamos que são, entre outras, exorbitantes do direito comum, (a) as chamadas cláusulas "penais", (b) as cláusulas que prevêem o direito de rescisão unilateral em proveito da Administração, (c) o poder que a Administração tem de baixar instruções, (d) as que impliquem o exercício do poder de polícia, (e) as que possibilitem a edição dos denominados atos de império (cf. **Tratado de direito administrativo,** Forense, 1967, vol.III, p.51 e **Direito administrativo brasileiro,** Forense, 1983, vol.1, p.397).

Celso Antônio Bandeira de Mello, aceitando a construção jurisprudencial do Conselho de Estado, na França, assinala que a **cláusula exorbitante** se caracteriza por seu caráter incomum, em um contrato de direito privado, seja porque aí seria nula, seja porque inadaptada a ele, ainda que não fora nula (cf. **Elementos de direito administrativo**, ed.RT, 1980, p.141).

13. "Cláusula exorbitante" e "contrato administrativo".

Quando se estuda, pois, o contrato administrativo, várias noções precisam ser esclarecidas, a de "cláusula exorbitante", a de "puissance publique" e a de "execução do serviço pelo próprio particular contratante". Qual o entrelaçamento dessas noções?

As seguintes afirmações, a respeito, encontram-se nos autores e devem ser levadas em consideração.

A primeira afirmação, incontestável, é a de que "basta a presença da cláusula exorbitante, para conferir o caráter de administrativo ao contrato celebrado pela pessoa jurídica pública, mesmo que o objeto do contrato não se refira ao serviço público". Em síntese, contrato administrativo é o que encerra cláusula exorbitante. Assim, o contrato no qual se acha inserta a cláusula derrogatória é contrato administrativo, mesmo que ele não tenha por objeto a execução do serviço público pelo próprio particular. Se o objeto desse contrato fosse realmente esse, o
da participação do particular na execução do contrato, a presença da cláusula
exorbitante seria supérflua, o que, em outras palavras, significa que, mesmo sem
relação alguma com o serviço público, é contrato administrativo, aquele que contenha, no mínimo, uma cláusula administrativa.

Analisando a Decisão "Bertin", proferida pelo Conselho de Estado, a doutrina conclui que todo contrato cujo conteúdo é a própria execução do serviço público tem, por si mesmo e independentemente da presença de qualquer cláusula exorbitante, o caráter administrtivo, o que assinalaria vitoriosa volta da doutrina do serviço público e tenderia a condenar a idéia segundo a qual o regime dos contratos da Administração depende de saber se eles admitem ou não cláusulas exorbitantes, isto é, se eles revelam o emprego, pela Administração, da "puissance publique" (potestade pública).

No entanto, tal afirmação deve ser vista com reservas. Na maioria dos casos concretos, o que prevalece é o critério da cláusula exorbitante.

Com efeito, raro é o contrato administrativo que tem por finalidade confiar ao particular "a própria execução do serviço". Ao contrário, numerosíssimos são os contratos que não permitem ao particular a execução do serviço e, por conse-

qüência, para tais contratos, o caráter de "administrativo" dependerá da presenca ou ausência de cláusula exorbitante.

Não se deve esquecer também que o contrato que comete ao particular a execução do serviço público encerra, em decorrência dessa circunstância, uma cláusula exorbitante do direito comum e que é precisamente a que confia a uma pessoa privada, que não se enquadra entre os agentes públicos, a responsabilidade do serviço. O critério da execução do serviço público não se contrapõe ao critério da cláusula exorbitante, do mesmo modo que as idéias de potestade pública e de serviço público não se repelem (cf. Georges Vedel, Droit administratif, 5ª ed., 1973, pp. 234-235).

14. Exemplos de "cláusulas exorbitantes".

A doutrina, esquematizando, abstraindo e generalizando, resume, in genere, hipóteses de cláusulas exorbitantes, tiradas da prática administrativa e condensadas em proposições sintéticas, que teorizam a realidade. Assim, são cláusulas administrativas, "derrogatórias", "exorbitantes" ou "de privilégio", (1) as que, configurando hipóteses do "fato do principe", permitem que a Administracão altere, sem consulta, unilateralmente o contrato, (2) as que permitem que a Administração, por interesse público, proceda à rescisão do contrato, (3) as que permitem que a Administração aplique sanções ao particular contratante, inidôneo, como, por exemplo, a de não mais poder contratar, (4) as que impedem expressamente ao contratante eximir-se de executar o que foi pactuado, fundamentado no princípio da "exceptio non adimpleti contractus", ou, em outras palavras, as que consagram o princípio da inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido, (5) as que permitem que concessionárias promovam desapropriacão de bens particulares, declarados de utilidade pública pelo Estado, (6) as que permitam a ocupação do domínio público pelo particular (cf. Rui Barbosa, Os privilégios exclusivos, na jurisprudência constitucional dos Estados Unidos, 1908, ed. de 1911, Empresa Fotomecânica do Brasil, Rio de Janeiro, p. 4), (7) as que facultam o exercício do poder de polícia pela Administração, (8) as que possibilitam ao poder público baixar instruções, (9) as que, inseridas em contrato de execução de obra pública, imponham servidões, gravando a propriedade do particular confinante, em benefício do particular contratante, (10) as que impõem ao contratante o aprimoramento técnico, com vistas à prestação de servico público mais adequado, (11) as que permitem a delegação de moderada parcela do poder de polícia ao contratante para que este possa desempenhar plenamente o servico público concedido, (12) as que impõem ao contratante diversidade de tratamento entre o usuário comum e o funcionário público, dando a este o uso do serviço, com abatimento e até gratuitamente, nos transportes coletivos urbanos, (13) as que facultam ao particular isenção temporária de tributos.

Regime jurídico do contrato administrativo.

Louis Rolland (cf. **Précis de droit administratif**, Paris, 1947, 9.ª ed., p. 52 e seguintes), embora evite o emprego da expressão "cláusula exorbitante", elucida que não existem disposições gerais concernentes ao regime dos contratos administrativos. Para ter-se visão de conjunto das regras constitutivas deste regime, é preciso que nos reportemos aos textos relativos a certos contratos determinados e, a seguir, à prática administrativa.

Cada administração tem, em matéria de contrato, regras bem definídas, devendo-se observar que o poder público somente celebra acordos quando, no contrato, são inseridas determinadas cláusulas. O poder público, em conseqüência, redige um caderno de cláusulas e condições gerais, que inclui em seus contratos. Há princípios que inspiram e informam essas cláusulas especiais, como, a saber, (a) o emprego pela Administração de processos particulares, na conclusão do acordo, (b) o emprego de meios de ação, para assegurar a execução do contrato, meios desconhecidos pelo particular, como, por exemplo, a expedição de ordens de serviço, (c) a possibilidade ou faculdade de modificação das disposições contratuais, de impor ao particular obrigações suplementares, inexistentes no momento da assinatura do acordo, (d) a faculdade de rescisão do contrato a qualquer momento, sem intervenção do Judiciário, (e) a aceitação de encargos, que passam a onerar o particular, quando circunstâncias sociais, políticas ou econômicas produzem sensível desequilíbrio na economia do contrato (cf. Louis Rolland, **Précis de droit administratif**, 9º ed. 1947, pp. 52 a 54).

16. Modalidades de contratos administrativos.

O contrato, gênero, ou categoria jurídica, classifica-se em privado e público, por sua vez, é comum a vários ramos do direito. O contrato administrativo é espécie do gênero contrato de direito público, admitindo diversas modalidades: contrato de função pública, contrato de concessão de serviço público, contrato de concessão de uso prívativo de bem público pelo particular, contrato de obra pública, contrato de trabalho público, contrato de fornecimento contínuo, contrato de fornecimento descontínuo, contrato de empréstimo público, contrato de empréstimo público, contrato de direito público, contrato de comodato de direito público, contrato de comodato de direito público pode ser considerado espécie de gênero contrato de mútuo de direito público e o empréstimo compulsório podem ser considerados espécies do gênero contrato de empréstimo público.

Para efeitos de raciocínio, tomemos a concessão de serviço público, ou, sua figura iuris irmã, a concessão de uso privativo de bem público pelo particular.

Desde que se atribuiu, à concessão de serviço público, a natureza jurídica de "contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, comutativo, realizado intuitu personae" (Mário Masagão, Natureza jurídica da concessão de serviço público, tese de concurso, 1933, p. 101), a que acrescentaríamos contrato administrativo (Bielsa, Derecho administrativo, 5ª ed., 1955, vol. II, p. 225 e autores citados em nosso livro Direito administrativo brasileiro. Forense, 1983, vol. I, p. 425) e "do tipo dos contratos de adesão" (cf. nosso Tratado de direito administrativo, Forense, 1967, vol. III, p. 128), vamos escolher este tipo inequívoco de contrato administrativo para ver, na prática, em concreto, como nele estariam situadas as cláusulas exorbitantes.

17. As "cláusulas de privilégio" no contrato de concessão.

A natureza jurídica da concessão de serviço público é a de contrato administrativo. Se se trata de contrato administrativo, no acordo celebrado entre a Administração e o particular, que vai explorar o serviço ou já o está explorando, deve-

rão estar inseridas, presentes, atuando, as "cláusulas de privilégio", "cláusulas de supremacia", "cláusulas exorbitantes" ou "cláusulas derrogatórias" de direito comum. Se não estiverem presentes tais cláusulas, o contrato é acordo de direito comum.

A existência, portanto, das denominadas "cláusulas exorbitantes" é, precisamente, a diferenca específica entre o contrato privado e o contrato administrativo. "Contrato de direito privado" é o que não admite a existência de "cláusula derrogatória", "Contrato administrativo" é o que se caracteriza pela existência desse tipo de cláusula, conotação que derroga, exorbita ou afasta o pacto da área do direito privado e o coloca na órbita do direito público. Cláusula exorbitante é a que não se encontra, de hábito, usualmente, no contrato privado, pois, inserta neste, seria ilícita (Charles Debbasch, Droit administratif, p. 273), por suscitar perturbações à ordem pública.

18. "Cláusulas exorbitantes", na teoria e na prática.

Partindo, como dissemos, do contrato de concessão, quer em sua primeira modalidade, concessão para a exploração de serviço público, quer na sua segunda modalidade, a concessão para uso privativo de bem público pelo particular, mas, fixando-nos, para efeito de raciocínio concreto, na primeira modalidade, vamos assinalar alguns exemplos concretos de cláusulas "de privilégio", também denominadas "exorbitantes" ou "derrogatórias".

(a) promoção expropriatória — "Os concessionários de serviços públicos poderão promover desapropriações, mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato" (art. 3º do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941). Como se sabe, apenas o Chefe do Executivo, nas três esferas do Brasil, pode declarar de utilidade pública (de necessidade pública, ou de interesse social) determinado bem imóvel, para efeitos expropriatórios; pode ainda a mesma pessoa política — a União, o Estado-membro, o Município —, promover, efetivar, concretizar, mais tarde, a desapropriação, ingressando em juízo com a respectiva ação judicial expropriatória. No entanto, se, no contrato de concessão, celebrado com o particular, estiver inscrita a cláusula exorbitante da promoção expropriatória, ou, se esta possibilidade estiver prevista, em lei, temos inserida no contrato uma faculdade transferida ao concessionário privado, verdadeira delegacão, decorrente do "jus imperiu" da "puissance publique", que jamais um particular poderia outorgar a outro particular, pois do contrário haveria atentado à ordem pública. Conclusão: a outorga do concedente-Estado ao concessionárioparticular para promover desapropriação, entrando em juízo com a respectiva ação expropriatória contra outro particular, é cláusula exorbitante, "de privilégio", de "prerrogativa", derrogatória, pois jamais pode ser inserida em contrato privado, mas, tão só, inserta em contrato administrativo, porque, do contrário, ocorreria, se inscrita em contrato privado, atentado flagrante ao direito de propriedade.

(b) direito à percepção de tributos, no todo ou em parte, é outro exemplo de exorbitância, devendo observar-se quanto à percepção que "não existe incerteza, o que tornaria aleatório o contrato", pois "essas prestações, quando futuras, são esperadas como certas" (Mário Masagão, Natureza jurídica da concessão de servico público, tese de concurso, 1933, p. 101, nota 67). Como nota o clássico Henri Berthélemy, "a incerteza è relativa ao quantum dos tributos, e não ao

RPGE, Porto Alegre, 17(45): 27-43, 1987

direito de percebê-los" (Traité élementaire de droit administratif, Paris, 1906, p. 616). André de Laubadère menciona também a possibilidade ou direito que tem o concessionário de cobrar tributos, em razão da prerrogativa de "puissance publique" que a Administração, para tal efeito, lhe transfere (cf. Traité élémentaire de droit administratif, 3º ed., 1963, vol. 1, p. 286).

(c) exigência de demissão de empregados da concessionária, é exemplo de cláusula exorbitante, fundamentada em motivos de polícia, quando se trata de contrato administrativo celebrado entre a Administração concedente- locadora e concessionário-locatário privado, cláusula que não poderia constar de contrato de locação privado, mas que figurava no contrato celebrado entre o poder público e a Nova Sociedade de Exploração das Praias (Decisão do Tribunal de Conflitos, de 20 de abril de 1959, no Recueil, p. 866, citado por Waline, Droit Administratif, 9ª ed., 1963, p. 572, motivação reiterada por Decisão do Conselho de Estado, de 25 de novembro de 1959, na mesma causa).

(d) contratos referentes ao emprego de mão-de-obra penitenciária têm, por natureza e em razão das obrigações assumidas pelo empreiteiro, caráter administrativo (Decisão do Conselho de Estado, de 14 de dezembro de 1927, no caso da Sociedade de exploração de quartzitas e pórfiros do Orno, p. 1209, referida por Waline, Droit Administratif, 9.º ed., 1963, p. 573).

(e) a "inabitualidade", no contrato civil, em decorrência do caráter de "ilicitude", que apresenta, é outro traço que caracteriza a clausula exorbitante (Decisão do Tribunal de Conflitos de 19 de junho de 1952, ao julgar feito em que era parte a Sociedade dos Combustíveis e Carburantes Nacionais, em Récueil, p. 629, citada por Charles Debbasch, Droit Administratif, 1968, p. 273), na maioria das vezes porque tal inserção seria "ilícita", se tivesse por finalidade conferir às partes direitos ou de impor-lhes obrigações estranhas, por natureza, ao que é suscetivel de ser livremente pactuado pelo particular que contrata nos quadros das leis civis e comerciais (Decisão do Tribunal de Conflitos, de 20 de outubro de 1950, Stein, Recueil. p. 505 e 26 de fevereiro de 1958, Companhia das Minas de Famelé, Gâmbia, Recueil, p. 128, citada por Charles Debbasch, Droit administratif, 1968, p. 273).

(f) direito que a Administração tem de rescindir unilateralmente e a qualquer tempo o contrato, sem indenização, é outro caso de cláusula exorbitante, embora algumas decisões o neguem (Decisão do Tribunal de Conflitos, de 28 de março de 1955, citada por Charles Debbasch, Droit Administratif, 1968, p. 273).

(g) a substituição do contratante particular pela Administração é outro exemplo de cláusula exorbitante (Charles Debbasch, Droit administratif, 1968, p. 282).

(h) possibilidade de aplicar sanções ao particular contratante, decorrente do poder contínuo de controle que o poder público exerce sobre o concessionário. Sem recorrer ao Judiciário, mas diretamente, em decorrência da regra do "privilège du préalable" (privilégio do preliminar, do prévio), a Administração tem o poder-dever — e não a mera faculdade discricionária — para o melhor desempenho e execução do servico público (Charles Debbasch, Droit Administratif, 1968, pp. 281-282). Laubadère mostra os limites que, neste caso, existem para a aplicação das sanções ao concessionário inadimplente (Traité élémentaire de droit administratif, 3º ed., 1963, vol. I, p. 300).

(i) a imposição, pelo poder público ao particular, dos meios de execução das obrigações, principalmente no que diz respeito ao contrato de trabalhos públicos, no qual o concessionário é obrigado a executar as ordens de serviço que lhe dá a Administração, em sua qualidade de "mestre de obra" (Decisão do Conselho de Estado, de 22 de fevereiro de 1952, Sociedades para a Exploração dos Processos Ingrand, p. 130, citada por Laubadère, **Traité élémentaire de droit administratif**, 3º ed., 1963, vol. I, p. 300).

19. Conclusão.

Não deve, por fim, ser esquecida, antes, aproveitada, a contribuição francesa, na estruturação da cláusula exorbitante, primeiro, pelo Conselho de Estado e
Tribunal de Conflitos, que decidiram casos referentes a contratos administrativos, depois, pela doutrina que, com base nas constantes decisões, extraiu elementos para a elaboração da teoria jurídica da cláusula de privilégio. "A comparação com os direitos estrangeiros leva o administrativista a conhecer melhor seu
próprio sistema jurídico" (cf. nosso Direito administrativo comparado, 1972, p.
26), trazendo "grandes vantagens para o estudioso do direito administrativo, porque assinala os instrumentos que a Administração usa, nos vários sistemas,
quando pretende atender ao interesse público (cf. nosso **Direito administrativo**comparado, 1972, p. 29).

O direito administrativo comparado aperfeiçoa, antes de tudo, o homem — o doutrinador e o administrador, alargando o quadro doutrinário com novos modelos e possibilitando maior visão para os governantes na compreensão e solução dos problemas administrativos. O estudo da Administração, nos vários direitos, é indispensável não só para o entendimento desses mesmos direitos como para a do próprio. A comparação do direito administrativo local com o direito positivo estrangeiro é útil como meio eficaz de rejuvenescer e de vivificar os estudos da Administração nacional. O jurista que estuda apenas seu direito administrativo regional não conhece bem nem mesmo esse direito" (cf. nosso **Direito administrativo comparado**, 1972, p. 220).

Ora, a comparação do instituto da "cláusula exorbitante", na jurisprudência francesa, que firmou rigorosa colocação jurídica, a partir do julgamento de centenas de questões, que envolveram contratos administraivos, permite que o jurista brasileiro, diante de hipóteses semelhantes, decididas pelos tribunais brasileiros, empreenda o regime jurídico do contrato administrativo, ressaltando, neste, o papel fundamental da cláusula de privilégio.

Partindo da jurisprudência pátria, a doutrina brasileira, inspirada pela comparação com a experiência francesa, elaborará, diante de nosso direito, a doutrina da cláusula de privilégio, com os traços especiais que os nossos casos emergentes apresentarem.

O objetivo deste trabalho foi assinalar, tão-somente, a existência, no mundo jurídico, da "cláusula de privilégio", denominada, erradamente de "cláusula exorbitante" ou "cláusula derrogatória". Realidade incontestável, da mais alta relevância e que, presente num contrato, tem o condão de tipificá-lo como administrativo, a cláusula exorbitante é "inabitual", como dizem os doutrinadores franceses, "inexistente", como dizemos nós, nos contratos de direito privado, porque os descaracterizaria. A "cláusula de privilégio" ao contrario é de obrigatória presença no contrato administrativo, porque vai revelar o traço onímodo, onisciente, onipresente, onipotente do Estado, através de sua "puissance publique", no acordo celebrado com o particular, caso em que a Administração, por interesse público, tem o poder-dever de impor ao contratante as regras do jogo,

ao mesmo tempo que pode transferir-lhe a parcela necessária de prerrogativas públicas de que é detentora para que a execução do contrato — o desempenho do serviço público — se processe da melhor maneira possível, em benefício da coletividade.

PARECERES

INCLUSÃO DAS "GRATIFICAÇÕES EQUIVALENTES" NA BASE DE CÁLCULO DE VANTAGENS

ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY Procurador do Estado do Rio Grande do Sul PARECER Nº 6.721

GRATIFICAÇÃO EQUIVALENTE (Lei nº 2.331/54).

Inexiste dispositivo legal que autorize a inclusão das gratificações "equivalentes" na base de cálculo dos avanços trienais, adicionais por quinquênio, ou gratificações adicionais de 15% e 25%.

Formula o Senhor SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA consulta a esta Procuradoria-Geral do Estado especificamente sobre "a possibilidade, ou não, de que a gratificação inonimada prevista na Lei n.º 2.331, de 16 de janeiro de 1954, integre a base de cálculo das vantagens temporais deferidas ao funcionalismo público estadual, v.g., avanços trienais, qüinqüenais e gratificações adicionais (de 15% e 25%) por tempo de serviço" (fl. 7).

É o relatório.

- A denominada "gratificação equivalente" prevista, de início, segundo o cumprimento das condições da lei de sua criação, de nº 2.331, de 16 de janeiro de 1954, com a edição da Lei nº 6.417, de 22 de setembro de 1972 (artigo 5º), passou a ter como virtuais destinatários "todos os servidores em exercicio no Gabinete do Governador".
- 2. Na vigente sistemática, independentemente da lotação, da categoria funcional, do estatuto próprio, ou do regime jurídico que vincule o servidor ao Estado, todo e qualquer agente público que se encontre em regular exercício no Gabinete do Governador, nos termos do mencionado artigo 5º, pode ser contemplado, mediante ato individual, com uma gratificação inonimada, dita "equivalente", porque o seu referencial quantitativo é usualmente o padrão legal de remuneração de cargo em comissão, função gratificada ou de assessoramento.
- 3. De regra, outrossim, a vantagem é concedida pelo exercicio naquele Órgão, sem vinculação exata às atribuições cometidas ao servidor, daí porque não encerra as características hierárquicas previstas para os seus parâmetros habituais, quais sejam, os CCs, FGs e ASs.
- 4. Assim, por seu caráter nitidamente atípico, a "equivalência" não pode ser visualizada senão como um somatório pecuniário, passível de percepção se e enquanto perdurar a satisfação da sua condicionante única — o exercício no Gabinete do Governador, no valor estabelecido no respectivo ato concessório individual.
- Outras reconhecidas anomalias da modalidade em exame estão na falta de número certo, determinado em lei, e na ausência de parâmetros legais para a sua concessão.

- Presentes os lineamentos da espécie, resta a análise dos itens apresentados pela autoridade consulente.
- 7. Primeiramente responde-se que a "gratificação equivalente" não integra a base de cálculo dos avanços trienais.
- 8. Prescreve a Lei nº 7.894, de 13 de janeiro de 1984, que reconhece direito a avanços trienais às categorias funcionais referidas nos seus artigos 1º e 5º, expressamente:

"Art. 2." — O número de avanços trienais fica limitado a 10 (dez) e o seu valor corresponderá a 5% (cinco por cento) do padrão do respectivo vencimento básico do cargo exercido.

Parágrafo único — No caso de provimento sob a forma de função gratificada ou de designação nos termos do § 3.º do artigo 49 da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, será computada a parcela correspondente à respectiva gratificação.''

- 9. Segundo prevê o cabeçalho do artigo 2º acima reproduzido, cada avanço trienal corresponderá a cinco por cento do padrão do respectivo vencimento básico do cargo exercido, compreendidos na expressão sublinhada não só o básico legal mas igualmente os acréscimos autorizados no artigo 3º da Lei nº 8.023, de 14 de agosto de 1985.
- 10. Na composição do valor final, pois, sobre o qual será calculado o triênio, considera-se, por ficção legal, vencimento básico do cargo exercido, o padrão básico do cargo e a gratificação concedida a título de Incentivo à Arrecadação (GIA) e a de Representação, apoio ou Estímulo Funcional (GR ou GEF), instituídas pelas Leís nº 7.130, de 30 de dezembro de 1977, e nº 7.892, de 14 de dezembro de 1983.
- 11. Como, obviamente, se vê da combinação do conjunto de preceitos provenientes de leis diversas sobre vantagens funcionais, nenhuma autorização legal há para que se possa incluir a gratificação "equivalente" na base de cálculo dos avanços trienais.
- No que concerne ao parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 7.894, lê-se que, encontrando-se o funcionário público provido em função de confiança sob a modalidade de função gratificada ou designado para assessoramento nos termos do § 3º do artigo 49 da Lei nº 4.937, na expressão utilizada no proêmio padrão do respectivo básico do cargo exercido —, além dos acréscimos autorizados no artigo 3º da Lei nº 8.023, de 14 de agosto de 1985, será também computada a parcela relativa à respectiva gratificação (FG ou AS).
- 13. É inviável a interpretação que pudesse aqui ver autorizada a inclusão do **quantitativo equivalente** de que trata a Lei nº 2.331 e nº 6.417 junto aos demais componentes legais da base de cálculo dos avanços.
- 14. Ouando a lei refere "provimento" sob a forma de função gratificada (artigo 2º, parágrafo único) utiliza-se de uma expressão técnico-jurídica com conteúdo específico: "em sentido técnico, o ato jurídico-administrativo denominado provimento tem caráter genérico, significando qualquer preenchimento de cargo público" conforme BANDEIRA DE MELLO, Parecer, em RDA 29/477; para MARIO MASAGÃO, provimento "é o ato administrativo pelo qual se designa titular ao cargo" (CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ, 'Dicionário de Direito Administrativo', 1978, Forense, p. 424).
- O provimento sob a forma de função gratificada é, portanto, a investidura em cargo em comissão, criado por lei, em número certo, com denomi-

nação própria e pago pelos cofres do Estado (parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952) segundo valores preestabelecidos na legislação competente, embora a remuneração seja feita optativamente pelo padrão da FG, conforme autorização do artigo 190 do Estatuto.

- 16. No caso das "equivalências", provimento nenhum há, sequer designação, consubstanciando-se com um simples ato de atribuição de um quantitativo mensal paradigmado a valores de regra estabelecidos para os CCs, FGs e ASs.
- 17. De outra parte, quando o artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.894, menciona "designação nos termos do § 3.º do artigo 49 da Lei nº 4.937", incluindo a gratificação dali proveniente como parcela passível de cômputo no cálculo dos avanços trienais, certamente não abrange as "equivalências a AS", pois, além das nítidas diferenças de conteúdo, a sede legal indicada no preceito delimita precisamente a área de incidência da vantagem.
- 18. Em suma, inexiste regra legal que autorize a inclusão da gratificação equivalente na base de cálculo dos avanços trienais.
- Indaga o consulente, também, se a gratificação inominada prevista na Lei nº 2.331 integra a base de cálculo das gratificações quinquenais.
- 20. Com a edição da Lei nº 7.894, cujo artigo 9º revogou em geral as disposições sobre gratificação por quinquênio de tempo de serviço público para as categorias enumeradas no seu artigo 1º, e que, junto com o Quadro Geral e o Quadro Especial do Poder Executivo, passou a ser a quase integralidade dos agentes públicos efetivos do Poder Executivo, do Judiciário e, posteriormente, do Poder Legislativo (Lei nº 7.901, de 9 de maio de 1984), poucas são as categorias funcionais que ainda mantêm o sistema das gratificações por quinquênio.
- Têm-na os Procuradores do Estado (Lei nº 6.694/74, artigo 1º, Lei nº 7.344/79, artigo 6°, Lei nº 7.705/82, artigo 43, Lei-federal - nº 35/79, artigo 65, III); os Magistrados (Lei n.º 6.929/75, artigo 67, Lei-federal — n.º 35/79, artigo 65, item VIII), os funcionários penitenciários do Estado (Lei nº 6.502/72, artigo 7º); os funcionários policiais (Lei nº 7.366/80, artigos 42 e 43); os membros do Ministério Público (Lei nº 6.536/73, artigo 70, Lei nº 6.694/74, artigo 1º, Lei nº 7.344/79, artigo 6°, Lei 7.670/82, artigo 2°, Lei complementar-federal nº 35/79, artigo 65, item VIII e Lei complementar-federal — nº 40/81, artigo 37, item VIII; Conselheiros e Auditores do Tribunal de Contas do Estado (Lei nº 5.274/66, artigos 4° e 5°, Lei n° 6.694/74, artigo 1°, Lei complementar-federal nº 35/79, artigo 65, item VIII, Lei nº 7.344/79, artigo 6º); Adjunto de Procurador do Tribunal de Contas (Lei nº 5.274/66, artigo 4º, Lei nº 6.694/74, artigo 1º, Lei complementar-federal - nº 35/79, artigo 65, item VIII) conforme Manual de Procedimentos do Pagamento de Pessoal — SICON, Tesouro do Estado, Secretaria da Fazenda), assim como é assegurada aos servidores policiais-militares (Lei n.º 6.196/71, artigo 16).
- 22. Embora as categorias remanescentes no sistema de gratificação adicional por quinquênio tenham legislação específica, é inquestionável que norma alguma viabiliza a computabilidade da gratificação "equivalente" na base de cálculo daquela vantagem, fazendo-a sempre incidir sobre vencimento de cargo, com variantes, exemplificativamente, sobre ser apenas o básico, o básico acrescido da gratificação de representação ou os vencimentos do cargo exercido qualquer que seja a forma de provimento, mas colocando como condição inarre-

dável, quando acrescido de parcela relativa à função gratificada, o provimento, quer dizer, a titularidade de cargo dessa natureza, criado por lei, em número certo.

23. Destarte a gratificação inominada de que trata a Lei nº 2.331 não integra a base de cálculo das gratificações quinquenais, por falta de previsão legal e, notadamente, por não derivar de provimento.

 Consulta o Senhor Secretário de Estado da Fazenda, ademais, acerca da gratificação "equivalente" integrar a base de cálculo das gratificações

adicionais de 15 e 25% por tempo de servico.

25. Verifica-se a fl. 6 do processo, pronunciamento manifestando que "muito embora desprovido de base legal expressa, as gratificações adicionais de 15 e 25% de tempo de serviço incidem sobre as denominadas 'gratificações equivalentes' " (grifei).

26. Efetivamente, a questão ainda se cinge à falta de preceito legal autorizatório para fazer a gratificação "equivalente" integrar o cálculo das gratificações adicionais em tela.

27. O artigo 110 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, com o advento da Lei nº 7.971, de 3 de janeiro de 1985, passou a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 110 — Os funcionários públicos civis do Estado perceberão a gratificação adicional de 15% (quinze por cento) e de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o vencimento, a partir da data em que completarem, respectivamente, 15 (quinze) e 25 (vinte e cinco) anos de efetivo serviço público, contado na forma deste Estatuto."

28. O dispositivo acima transcrito é suficientemente esclarecedor, no sentido de que a gratificação adicional de 15% ou 25% incide originalmente sobre o vencimento daquele regularmente provido em cargo público.

29. A gratificação "equivalente", como de inicio se viu, não é vencimento, eis que este último "em sentido estrito, é a retribuição pecuniária devida ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao padrão fixado em lei", como ensina HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", 1985, Revista dos Tribunais.

30. O quantitativo representado pela "equivalência" não é associado à forma de provimento, não provém de função criada individualizadamente por lei e não corresponde a padrão certo de remuneração, estando, ademais, no plano hierárquico e funcional, totalmente fora do conceito de cargo público e correspondente padrão de vencimento.

31. Dessa maneira, o artigo 110 da Lei nº 1.751 não dá respaldo à inclusão da gratificação inominada na composição do suporte de cálculo dos adicionais de 15% e 25% para as categorias de funcionários às quais se endereça.

32. Acrescente-se também que, quando o artigo 3º da Lei nº 8.023, de 14 de agosto de 1985, admitiu que, para efeitos de cálculos de vantagens, ficassem acrescidas aos padrões básicos dos cargos ou funções das categorias funcionais abrangidas pelo Diploma, "as gratificações concedidas a título de Incentivo à Arreçadação (GIA) e de Representação, Apoio ou Estímulo Funcional" nominou expressamente os benefícios que comporiam o novo básico — GIA e GR ou GEF — não incluindo entre eles eventual parcela percebida pelo servidor a título de "equivalência".

33. Tampouco, consequentemente, serve o artigo 3º, antes citado, de apoio

legal à înclusão da gratificação "equivalente" no cômputo dos adicionais em tela, para os seus destinatários da mencionada legislação.

34. É certo, de outra parte, que o artigo 110 da Lei n.º 1.751 tem área de abrangência limitada, eis que muitas categorias de funcionários percebem os seus adicionais de 15% e 25% sob a cobertura de normas próprias.

35. No entanto, compulsado o conjunto de disposições específicas de outros grupos funcionais relativo à matéria em trato, igualmente não é encontrável autorização legal para a inclusão de "equivalências" no cálculo das gratificações adicionais.

Assim, exemplificativamente, para os servidores policiais, a gratificação adicional é calculada sobre os vencimentos acrescidos de FG, mais FV. mais quinquênios (Lei nº 7.366, artigos 42 a 44); para os membros do Ministério Público, segundo modalidade autorizada na respectiva legislação (Lei nº 6.536/73, artigo 71; Lei nº 6.694/74, artigo 2º, Lei nº 7.344/79, artigo 6º, Lei nº 7.670/82, artigo 2°): os funcionários da Procuradoria-Geraí de Justica, conforme artigo 5°, § 2° da Lei n° 7.253/79 e artigo 4° da Lei n° 7.894/84; os Procuradores do Estado, conforme Lei nº 6.694/74, artigo 2º, Lei 7.344/79, artigo 6º, Lei nº 7.705/72, artigo 43; os funcionários do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado, conforme artigo 6º da Lei nº 7.251/79 e Lei nº 7.894/84, artigo 4º; os Magistrados na forma do artigo 67 da Lei nº 6,929/75; para o pessoal do Quadro dos Servidores da Justica de 1º Grau, na forma da Lei nº 5.256/66, artigos 720 e 721 e Lei nº 6,694/74; funcionários da Vara de Menores da Comarca da Capital, conforme Lei nº 7.411/80 e Lei nº 7.894/84, artigo 4º; Conselheiros e Auditores do Tribunal de Contas do Estado, Lei nº 7.344/79, artigo 6º, Adjunto de Procurador junto ao Tribunal de Contas, conforme artigo 3º da Lei nº 5.274/66, 6.694/74, artigo 2°, Lei nº 7.344/79, artigo 6°.

37. Muito embora, pois, atendendo disposições especiais de lei, existam certas peculiaridades na modalidade de cômputo dos adicionais, segundo a categoria a que pertença o servidor, certo é que em nenhuma das normas está a aventada possibilidade de inclusão da "gratificação equivalente".

38. Destarte, faltando fundamento legal, no âmbito geral, para os funcionários que têm os adicionais calculados segundo a combinação da Lei nºs 1.751, 7.894 e 8.023, ou, ainda, no elenco específico de preceitos relativos a outros agentes públicos, a gratificação "equivalente" de que trata a Lei nº 2.331 não pode ser incluída no cálculo dos adicionais de 15% e 25%.

39. Consigne-se, de outro lado, que, na espécie, não se cuida de verificar se a gratificação inominada deve merecer reajuste quantitativo, como ocorreu, exemplificativamente, na hipótese examinada no Parecer nº 5.186/83-PGE, onde se entendeu passível de extensão às "equivalências" o acréscimo de quarenta por cento derivado da GIA incidente sobre os cargos em comissão, funções gratificadas e de assessoramento.

40. O percentual que aumentou o valor do padrão dos CCs, FGs e ASs, naquele caso, refletíu-se no quantitativo equivalente, paradigmado nas funções aumentadas pela denominada GIA.

41. Já na alternativa presentemente cogitada, para que a gratificação inominada servisse para integrar a base de cálculo dos avanços trienais, qüinquenais e adicionais de 15% e 25%, teria que se embasar nos mesmos pressupostos em que se embasam os CCs, FGs e ASs, especialmente, a criação por lei, em número e retribuição certos e derivada de regular provimento.

- 42. Todavia, a gratificação em causa é "equivalente" ao padrão legal de seu parâmetro, segundo estabelecido em lei, e fixada no competente ato concessório individual, não desfrutando da mesma natureza jurídica e requisitos do paradigma quantitativo e, portanto; não sendo passível de vir a integrar composições remuneratórias fundadas no provimento de CC, FG ou AS.
- A equivalência equivale ao valor final legal representativo do cargo ou funções de que se serve para paradigma.
- 44. EM CONCLUSÃO, inexistindo autorização legal para a inclusão da gratificação de valor "equivalente" na base de cálculo dos avanços trienais, das gratificações por quinquênio de serviço público estadual e das gratificações adicionais de 15% e 25%, os pagamentos a tal título são indevidos, devendo, se ocorrente, cessar a sua concessão.

Nesse sentido é o parecer.

PORTO ALEGRE, 10 de junho de 1986.

ICM. RATIFICAÇÃO DE CONVÊNIOS

FLORIANO MILLER NETTO
Procuredor do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 6,797

CONVÊNIOS DO ICM. APROVAÇÃO PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA.

É dispensável a aprovação dos convênios do ICM, pela Assembléia Legislativa. Basta a ratificação por Decreto do Executivo.

O Senhor Chefe da Casa Civil do Governo do Estado solicita o pronunciamento desta Procuradoria-Geral sobre a exigência de aprovação, pela Assembléia Legislativa, dos convênios para a concessão de isenção do ICM celebrados pelo Estado nos termos da Lei complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1971. A consulta tem origem na rejeição de projetos de decretos legislativos que aprovariam os Convênios ICM nºs 27/84, 45/84 e 47/84.

A questão é sumamente controvertida na doutrina, mas o Supremo Tribunal Federal já a tem pacificada, por se tratar de matéria constitucional. Versa sobre a eficácia da ratificação dos convênios, mediante simples decreto do Poder Executivo, independentemente da manifestação aprovativa pelo Legislativo.

Ao atribuir competência aos Estados-membros para instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, não se descurou o legislador constitucional de também restringir este poder, objetivando à harmonia federativa. Impôs, para tanto, condicionantes à tipicidade tributária: os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional, na lei dos Estados, deverão ater-se estritamente ao molde constitucional.

Para preservar esta uniformidade em toda a Nação, impedindo que os Estados descaracterizassem o tributo mediante o exercício da competência exonerativa implícita na competência impositiva, a Constituição estabeleceu que somente pela via dos convênios seriam concedidas ou revogadas as isenções. A mesma sistemática se aplica a outros tipos exonerativos, além da isenção: redução da base de cálculo, devolução do tributo, concessão de créditos presumidos e quaisquer outros incentivos ou favores fiscais.

Esta limitação ao poder exonerativo dos Estados assenta-se no § 6º do art. 23 da Constituição Federal, que previa seu disciplinamento por Lei complementar, depois editada sob nº 24. E desde o seu advento formou-se tormentosa polêmica entre os doutos.

Com efeito, tais convênios têm força para afetar a aplicabilidade da lei ordinária estadual instituidora do tributo. Deveriam, por isso, ser aprovados pelas Assembléias Legislativas dos Estados? Assim não dispõe a lei complementar; apenas determina a ratificação.

Verberam os doutrinadores pela inconstitucionalidade dessas disposições, argumentando com o § 29 do art. 153 da Constituição Federal — Nenhum tributo

será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça,... - e com o art. 97, VI, do Código Tributário Nacional — Somente a lei pode estabelecer: as hipóteses de exclusão, suspensão e extincão de créditos tributários ou de dispensa ou redução de penalidades.

Com a devida vênia, não procede a irresignação. É certo que a lei complementar não pode conflitar com a Lei Maior; apenas lhe serve de complemento. No caso, entretanto, o princípio da estrita legalidade consagrado no aludido § 29 do art. 153 estatui que nenhum tributo será exigido ou aumentado sem lei. Ora, os tipos exonerativos capitulados na lei complementar nº 24/75 não instituem nem aumentam; ao contrário, reduzem ou paralisam a aplicação da lei impositiva. De tal ângulo se comprova que não há infringência à norma constitucional.

Resta o conflito com as disposições do CTN, entendido também como lei complementar. Mas, por editado em 25 de outubro de 1966, antes portanto da Lei complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1971, estão derrogadas por esta no que se referem ao ICM.

Em reiterados pronunciamentos o Egrégio Supremo Tribunal Federal tem proclamado a constitucionalidade da Lei complementar nº 24/75, como é exemplo o voto do eminente Ministro RAFAEL MAYER, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 99.648-6 (RTJ 105/1307):

> "O fulcro da controvérsia diz com o princípio da legalidade tributária, a saber, se a revogação de isenção consequente à decisão constante de convênio interestadual que modificou o anterior, onde assentavam as isenções do ICM ora discutidas, exige lei formal para legitimar-se.

> O entendimento prevalecente, a que se ajusta a venerável decisão recorrida, é o de que a disciplina das isenções do ICM se regula primordialmente pelo disposto no art. 23, § 6º da Constituição, segundo o qual elas serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar.

> Condição indispensável para que se opere a revogação da isencão é tão-somente a ratificação, pelo Estado, do convênio interestadual que assim determina, mas essa ratificação não tem a natureza de lei instituidora do tributo, e se verifica por simples decreto, como está dito no art. 4º da Lei complementar n.º 24, de 1975.

> Tem-se, portanto, o venerável acórdão recorrido, ao admitir a eficácia da revogação da isenção de ICM, por via de ato do Poder Executivo não envolveu contrariedade às normas constitucionais invocadas pelo Recorrente, todas pertinentes ao princípio da legalidade tributária, ou seja, à exigência de lei para a instituição ou aumento de tributo.

Também no julgamento do RE 96.372-3, sendo Relator do eminente Ministro FRANCISCO RESEK, por unanimidade a Colenda 2º Turma rejeitou a tese defendida oralmente pelo próprio preclaro mestre GERALDO ATALIBA, nos seguintes termos:

> II. Válido é o decreto com que o Governo estadual, com base em convênio, concede isenção do tributo. O art. 23, § 6.º. da Constituição

Federal não reclama o prévio abono do convênio pela Assembléia Leaislativa, e improcede a assimilação de tais convênios aos tratados internacionais." (in DJ de 26.4.85, p. 5893)

Do exposto, concluo ser dispensável a aprovação dos convênios do ICM, pela Assembléia Legislativa. Para a sua eficácia, basta a ratificação por decreto do Executivo, nos moldes do art. 4º da Lei complementar nº 24/75.

É o meu parecer, S.M.J.

RPGE, Porto Alegre, 17(45): 53-55, 1987

PORTO ALEGRE, 24 de julho de 1986.

MAGISTÉRIO. TRANSFERÊNCIA PARA O CARGO DE ESPECIALISTA

FRANCISCO SALZANO VIEIRA DA CUNHA Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 6.848

ACÚMULO DE CARGOS. Professor. Área Um e Especialista de Educação. Administração Escolar. Inviabilidade em razão da ausência de correlação de matérias.

T. R. M., titular de dois cargos de Professor, nível 6, Classe C, requer sua transferência para o cargo de Especialista de Educação — Administração Escolar, nos termos da Lei n.º 7,402, de 30 de setembro de 1980

A requerente teve seu pedido indeferido pela Secretaria da Administração, por falta de correlação de matérias entre o cargo de Professor, com habilitação para o ensino de 1º grau, séries iniciais, e o cargo de Especialista de Educação — Administração Escolar.

Inconformada com o indeferimento de seu pedido, pede a interessada reconsideração, aduzindo, em suas razões, o fato de ter sido aposentada em um dos cargos, conforme ato publicado no Diário Oficial de 15 de março de 1984 e que, ainda assim não fosse, seriam, ambos os cargos por ela pretendidos, acumuláveis.

Ratificada pela Secretaria da Administração, a Informação em que se embasou o indeferimento, veio o expediente para exame e parecer deste Conselho Superior, acerca da acumulação que resultaria da transferência.

É o relatório.

Determina a Constituição Federal, em seu artigo 99, a vedação da acumulação remunerada de cargos e funções públicas, excetuando da proibição a acumulação de um cargo de juiz com outro de professor, a de dois cargos de professor, a de um cargo de professor com outro técnico ou científico e a de dois cargos privativos de médico, desde que ocorrentes a compatibilidade de horários e a correlação de matérias.

Deduz-se, pois, que os dois pressupostos constitucionais, compatibilidade de horários e correlação de matérias devem coexistir a fim de que se legitime o exercício de duas posições funcionais, por constituírem exceção ao princípio geral da acumulação.

Se o professor, como consta do expediente, já se encontra aposentado em um dos cargos, não vejo necessidade de examinar o primeiro requisito, ou seja, se há ou não compatibilidade de horários. A legislação estadual fixa um máximo de 60 horas semanais e a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 75923-RJ, já decidiu ser lícita a acumulação, afastando o exame do requisito da compatibilidade de horários, quando o servidor se encontra aposentado num dos cargos.

Em igual sentido, o Senhor Procurador-Geral do Estado, Doutor Ney Sá, no Ofício-Parecer nº 128/85, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estado (D.O.E. de 20 de junho de 1985, página 3), assim se expressou:

"No que tange a alguma possível dificuldade relacionada com a acumulação de cargos, uma vez que a requerente era detentora também de outro cargo de magistério, cumpre esclarecer que da compatibilidade de horários só se há de cogitar enquanto o servidor detenha os dois cargos; uma vez aposentado, precisamente porque a aposentadoria libera o servidor do seu cargo e do correspondente exercício, não existe obstáculo ao exercício do cargo remanescente em horário mais prolongado."

Merece exame especial, consequentemente, a questão da correlação de matérias, cuja legislação é escassa. Cito, apenas com o intuito de ilustrar, o § 2º do artigo 151, da Lei nº 2.338/54, antigo Estatuto do Magistério Público do Estado, já revogado e o artigo 445 do Decreto estadual nº 42.850/63, de São Paulo, que assim definiam a correlação, respectivamente:

"Entende-se por correlação de matérias entre um cargo de magistério e outro técnico ou científico, quando este for derivado da matéria que constitui a especialização do professor."

"Para que haja correlação de matérias é necessária a existência de relação imediata e recíproca entre conhecimentos específicos cujo ensino ou aplicação constituem atribuição principal dos dois cargos, de sorte que o exercício simultâneo favoreça o melhor desempenho de ambos".

Torna-se necessário, então o exame das atribuições dos cargos pretendidos pela recorrente.

O anexo à Lei n.º 7.132, de 13 de janeiro de 1978, que criou cargos no Quadro de Carreira do Magistério Público Estadual, conumerou as especificações dos cargos de Inspetor de Ensino, de Supervisor Escolar, de Orientador Educacional e de Administrador Escolar, dando, na síntese dos deveres deste último, a tarefa de "Participar na direção da política educacional pelo fornecimento de informações e proposições que possam assegurar:

- unidade de ação;
- economia na utilização de meios e recursos, com melhor produtividade;

- aperfeiçoamento da ação educacional.

Administrar complexos ou unidades escolares de forma a favorecer a racionalização de meios e recursos com vistas à melhoria de níveis de eficiência e eficácia do organismo que dirige.

Colaborar no traçado de diretrizes científicas e unificadoras do processo administrativo que levem à consecução da filosofia e da política educacional do Estado.

Assessorar os superiores hierárquicos em assuntos da Área da Administração Escolar.

Oportunizar a introdução de inovações significativas e aplicar os conhecimentos técnico-administrativos na condução de assuntos educacionais quando do exercício da ação gerencial no Sistema Estadual de Ensino.

Manter-se atualizado constantemente com vistas a garantir pa-

drões mais elevados no processo de melhoria curricular, em função das atividades que executa." (grifei)

E. dentre outros exemplos de atribuições, traz as seguintes:

"Decidir sobre a linha de ação a ser adotada no organismo que dirige com vistas ao processo de desenvolvimento e melhoria curricular.

- Implantar e manter formas de atuação adequadas para assegurar o cumprimento das metas e a operacionalização dos objetivos a serem alcançados.
- Coordenar a elaboração, execução e avaliação do plano curricular, a nível de escola..."

As especificações do cargo de Professor, por outro lado, são fixadas, genericamente, para todos os níveis pelo anexo do Decreto nº 23.354, de 11 de outubro de 1974, estabelecendo, na síntese dos deveres e na exemplificação das atribuições, o seguinte:

- "- Orientar a aprendizagem do aluno.
- Participar no processo de planejamento das atividades da escola.
 - Contribuir para aprimorar a qualidade do ensino.
- Planejar e executar o trabalho docente, em consonáncia com o plano curricular da escola e atendendo ao avanço da tecnología educacional.
- Levantar e interpretar dados relativos à realidade de sua classe
- Definir, operacionalmente, os objetivos do plano curricular, a nível de sua sala de aula.
- Selecionar e organizar formas de execução situações de experiência.
- Definir e utilizar formas de avaliação, condizentes com o esquema de referências teóricas utilizado pela escola.
 - Realizar sua ação cooperativamente no âmbito escolar.
- Participar de reuniões, conselho de classe, atividades cívicas e outras.
- Atender a solicitações da direção da escola referentes a sua acão docente desenvolvida no âmbito escolar.
 - Desempenho junto ao aluno.
- Desempenho de atividades relacionadas direta ou indiretamente com a docência.
- Planejando suas atividades e preparando material necessário à execução das mesmas.
- Mantendo o registro das atividades de classe e delas prestando contas quando solicitado.
- Avaliando sistematicamente o seu trabalho e o aproveitamento dos alunos.
 - Exercendo a coordenação de matérias.
 - Integrando órgãos complementares da escola."

As atribuições do Professor das séries iniciais ficam restritas ao emprego de técnicas e processos didático-pedagógicos destinados a levar à assimilação dos iniciantes, principalmente crianças, conhecimentos de cultura geral, como língua nacional, matemática, noções de história, geografia, ciências naturais, entre ou-

tras e desenho e trabalhos manuais (hoje Artes) como cultura técnica, conforme descreve Corsínio Monteiro, em Dicionário de Acumulação de Cargos.

São, portanto, conhecimentos elementares e básicos de várias disciplinas que constituem um mínimo indispensável à habilitação da criança ao prosseguimento dos estudos ou aprendizado de artes ou oficios em escolas técnicas profissionais. Não há nenhuma especialização de ensino ou conhecimento específico. Por serem tarefas distintas de um e outro cargo, não há onde vislumbrar uma relação imediata e reciproca entre as duas atividades. Não há uma derivação uma da outra.

Por outro lado, não há como negar que haja um eventual relacionamento nos cargos em exame. Esta circunstância, entretanto, não pode autorizar o exercício cumulativo, por não ser este relacionamento essencial, recíproco e permanente. Enfim, não há reciprocidade. Para que haja este requisito, é necessário que o conhecimento adquirido através do exercício simultâneo favoreça o melhor desempenho de ambos os cargos.

O Supremo Tribunal Federal também tem decidido da mesma forma, ou seja, de modo restritivo ao exame da correlação de matérias. Cito a mais recente decisão, contida no RE 109.148-7-RS, publicada no Diário da Justiça de 8 de agosto de 1985, página 13.473, segundo a qual "a correlação de matérias se verifica nas características e nos objetivos específicos de cada disciplina, área de estudo ou atividade".

Assim, entendo que uma função deve contribuir para o aproveitamento de outra e vice-versa. A requerente, no exercício das funções de Administrador, tem possibilidade de adquirir conhecimentos gerais aproveitáveis em suas funções de professor, mas a recíproca não é verdadeira.

Faltando qualquer destes requisitos a acumulação não pode ser autorizada, sob pena de transformar-se em regra a exceção cuidadosamente colocada na Constituição Federal.

Ante o exposto, entendo que a decisão da Secretaria da Administração foi acertada ao indeferir a solicitação da recorrente, pois considero inacumuláveis o cargo de Professor, das séries iniciais — Área 1, com o de Especialista de Educação — Administrador Escolar.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 29 de agosto de 1986.

FUNCIONÁRIOS DIRETORES E CONSELHEIROS NA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI Procurador do Estado do Rio Grande do Sul Professor de Direito Canônico na PUC/RS

PARECER Nº 6.871

Sociedades de economia mista e fundações integrantes da Administração Estadual Indireta. Funcionários investidos em cargos e funções de Diretores dessas entidades e de membros de Conselhos Fiscais e de Administração de sociedades de economia mista e outras sociedades anônimas. Proibicões. Acumulações vedadas.

Em promoção constante no processo nº CC-8009/79 o Senhor Subchefe para Assuntos Jurídicos e Legislativos da Casa Civil enuncia cinco conclusões, baseadas em pareceres e outras manifestações desta Procuradoria e de seu Agente Setorial na Secretaria de Coordenação e Planejamento, referentes à condição de funcionários estaduais investidos em funções diretivas de sociedades comerciais e à possibilidade de exercício, por Diretor de fundação integrante da Administração Estadual, de outro cargo ou função de confiança.

Propõe, entretanto, aquela autoridade, a audiência desta Procuradoria-Geral, de modo a que o pronunciamento, que venha a ser emitido por este órgão, venha a fixar a orientação jurídico-administrativa do Estado, após aprovado pelo Chefe do Poder Executivo.

O titular da Casa Civil encaminha o expediente à Procuradoria-Geral.

As cinco afirmações, deduzidas dos pronunciamentos inicialmente mencionados, são as seguintes:

- 1 O funcionário estadual não pode assumir função de Diretor ou membro de Conselho de Administração ou Conselho Fiscal de qualquer sociedade comercial, ainda que de economia mista, a não ser por indicação do próprio Estado;
- 2 Se indicado pelo Estado para tais funções, deixará o exercício do cargo de provimento efetivo e dedicar-se-á apenas à sociedade, percebendo desta a correspondente remuneração; poderá, porém, optar pelo vencimento do cargo de provimento efetivo, nada percebendo da sociedade;
- 3 O funcionário indicado pelo Estado para qualquer das funções mencionadas no item 1 considera-se exercendo cargo em comissão; aceitando, pois, uma de tais funções, perde o cargo em comissão (ou função gratificada) ou função de Assessor de que acaso fosse títular ao ser investido na função a exercer na sociedade, eis que impossível a titularidade simultânea de duas posições de confiança, bem como de um cargo em comissão e de uma função de Assessor (art. 49 da Lei n.º 4.937);

- 4 Nenhum funcionário pode ser Diretor ou membro do Conselho de Administração ou Conselho Fiscal de mais de uma sociedade comercial, observado o que já foi esclarecido no item 1;
- 5 O cargo de Diretor de fundação integrante da Administração Estadual Indireta, quando é de provimento pelo Governo do Estado, é considerado cargo em comissão, inacumulável, portanto, com qualquer outra posição funcional de confiança, inclusive função de Assessor (art. 49 da Lei n.º 4.937).

Cabe dizer de sua correção, ou não.

A primeira das conclusões decorre de modo direto do que dispõe o art. 203, itens II e VI, da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952 (Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado):

Art. 203 — É ainda proibido ao funcionário:

- II exercer simultaneamente função de direção ou gerência de empresas bancárias ou industriais ou de sociedades comerciais, subvencionadas ou não pelo Governo, salvo quando se tratar de função de confiança deste, sendo o funcionário considerado como exercendo cargo em comissão;
- VI comerciar ou ter parte em sociedades comerciais, exceto como acionista, quotista ou comanditário, não podendo, em qualquer caso, ter função de direção ou gerência;

É oportuno mencionar que, se na vigência da legislação anterior à Lei federal n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, era possível duvidar sobre a inclusão, ou não, do Conselho Fiscal entre os órgãos de sociedade anônima dos quais o funcionário não poderia fazer parte, nenhuma dúvida mais é licita a partir da vigência da mencionada Lei, eis que em seus arts. 145 e 165 ela equipara os membros do Conselho Fiscal, bem como os do Conselho de Administração, quanto aos deveres e responsabilidades, aos Diretores.

Determinam, com efeito, esses dispositivos:

- Art. 145. As normas relativas a requisitos, impedimentos, investidura, remuneração, deveres e responsabilidades dos administradores, aplicam-se a conselheiros e diretores.
- Art. 165 Os membros do conselho fiscal têm os mesmos deveres dos administradores de que tratam os arts. 153 a 156 e respondem pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto.
- § 1.º O membro do conselho fiscal não é responsável pelos atos ilícitos de outros membros, salvo se com eles for conivente, ou se concorrer para a prática do ato.
- § 2.º A responsabilidade dos membros do conselho fiscal por omissão no cumprimento de seus deveres é solidária, mas dela se exi-

me o membro dissidente que fizer consignar sua divergência em ata da reunião do órgão e a comunicar aos órgãos da administração e à assembléia geral.

A segunda das conclusões é resultado ainda de aplicação do disposto no art.

203, item II, do Estatuto do Funcionário, acima transcrito.

Com efeito, se o funcionário assume a função de Diretor ou de membro do Conselho de Administração ou de Conselho Fiscal de sociedade comercial por indicação do Estado (e só por indicação do Estado poderia assumi-la) é considerado — diz a lei — como exercendo cargo em comissão. E, para exercê-lo, deve deixar, como ocorre relativamente a todos os cargos em comissão, o exercício do cargo de provimento efetivo que titula, dedicando-se integralmente à sua função na empresa.

Note-se a relevância das funções fiscalizadoras que competem tanto ao Conselho de Administração como ao Conselho Fiscal, e pela omissão no exercício das quais os membros do Conselho são solidariamente e, em certos casos, individualmente responsáveis, como se viu dos textos federais recémtranscritos.

E o empenho do membro do Conselho de Administração ou do Conselho Fiscal no trabalho na companhia encontra-se qualificado na mesma Lei federal nº 6.404:

Art. 153. O administrador da Companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

É plenamente justificado, pois, o afastamento do funcionário do cargo de provimento efetivo para dedicar-se tão-somente à função de administrador da companhia.

De outra parte o direito de optar, o funcionário em tal situação, pela percepção do vencimento do cargo de provimento efetivo que ocupar, é assegurado pelo art. 192 do Estatuto do Funcionário:

O funcionário que, por nomeação do Governador do Estado, exercer outras funções, de governo ou de administração, em qualquer parte do território estadual, poderá optar pelo vencimento do cargo de que for titular.

A matéria é objeto de disciplina também na Lei n.º 6.654, de 12 de dezembro de 1973, nos seguintes termos:

- Art. 1.º 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 pela Lei, obedecerá às seguintes disposições:
- I a cessão se fará com ou sem ônus para o Estado, conforme o previr a Lei que autorizou a constituição da Fundação ou Sociedade;
- II quando o funcionário for cedido com ônus para o Estado, perceberá parcela equivalente à diferença, se houver, entre o vencimento básico do cargo que ocupar e o salário básico da função a ser exercida na Fundação ou Sociedade, observada, sempre, proporcionalmente aos horários de trabalho;
- III quando a cessão se der sem ônus para o Estado, o funcionário perceberá vencimento igual ao salário que perceberia se empregado da Fundação ou Sociedade fosse;

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;

V — o disposto nos ítens anteriores aplica-se também ao funcionário cedido investido em função de confiança na Fundação ou Sociedade, computando-se o respectivo tempo de serviço para os efeitos do art. 182, "caput", da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952:

VI — ao funcionário nomeado, contratado ou designado para o exercício de função de direção ou para outra função de confiança na Fundação ou Sociedade, será sempre facultada a opção entre o vencimento e demais vantagens de funcionário e a remuneração paga pela Fundação ou Sociedade;

VII — não poderão ser cedidos a Fundações ou Sociedades de Economia Mista ocupantes de cargos em comissão ou funções gratificadas.

Os termos das disposições transcritas confirmam o acima esclarecido a propósito da conclusão n.º 2 e ao mesmo tempo ratificam a conclusão n.º 3, como decorrência direta do item VII do art. 1º, transcrito.

Quanto à quarta das conclusões apresentadas, igualmente decorre limpidamente dos textos legais em apreço, considerados na perspectiva adotada e frente às normas constitucionais vigentes.

Por um lado, com efeito, caso se tratasse de sociedades de economia mista, já estaria presente a regra do art. 99 da Constituição da República, vedando a acumulação de funções em tais sociedades, afastando qualquer discussão ulterior.

De outro lado, tratando-se de sociedades controladas pelas sociedades de economia mista, ou mesmo de simples sociedades privadas, uma vez que o art. 203, item II, da Lei n.º 1.751 considera o funcionário indicado pelo Estado como exercendo cargo em comissão, e como a acumulação de tais funções de confiança é sempre inviável, é igualmente inviável que o funcionário integre mais de um desses Conselhos.

Pela mesma razão é plenamente correta a quinta conclusão. Quando o provimento de cargo de direção de fundação compete ao Governo do Estado é esse cargo, para efeitos estaduais, considerado cargo em comissão, regido pelo estatuto da fundação, e inacumulável, portanto, com qualquer outra posição de confiança na administração pública; tratando-se de funcionário ocupante de cargo de provimento efetivo, deixará o exercício desse cargo enquanto desempenhar a função de Diretor, podendo optar, como acima exposto, por continuar percebendo os vencimentos e vantagens correspondentes ao cargo de provimento efetivo, a não ser que lei especial o vede, como o faz, por exemplo, o Estatuto dos Procuradores do Estado em relação aos integrantes da classe inicial da carreira.

As conclusões apresentadas pela Subchefia para Assuntos Jurídicos e Legislativos da Casa Civil, inicialmente transcritas, devem, portanto, ser adotadas como orientação jurídico-administrativa do Estado.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 24 de setembro de 1986.

EUNICE NEQUETE MACHADO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 6.966

PRISÃO PREVENTIVA. Repercussão na relação de emprego.

Vem a esta Casa, por encaminhamento do Senhor SECRETÁRIO DE ESTA-DO DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE, expediente em que foi trazido ao conhecimento de sua Pasta, por comunicação do Delegado Regional de Saúde de Santo Ângelo, a prisão preventiva de D. O. P., servidor em exercício no Posto de Saúde de Caibaté, realizada no dia 8 de setembro de 1986, em São Luiz Gonzaga.

Em informação datada de 14 de outubro de 1986 vê-se que o servidor desempenhava a função de Executor de Tratamento Especializado, sujeito ao regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho, tendo assumido suas funções a 1º de setembro de 1975.

De outra parte, não consta da cópia reprográfica de sua ficha funcional qualquer informação a respeito de opção pelo fundo de garantia de tempo de serviço, pelo que, presentemente, contando com mais de dez anos de tempo de serviço, o servidor se tornou estável.

Com a manifestação da Assessoria Jurídica da Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente no sentido de que fosse aplicada à hipótese vertente determinação ao artigo 41 e parágrafos dos Estatutos do Funcionário Público Civil do Estado, veio o expediente.

É o relatório.

2. Com a prisão preventiva, encontra-se o servidor impossibilitado de prestar a seu empregador seu trabalho. Entretanto, a mera impossibilidade de trabalhar não autoriza, de per si, a suspensão ou a redução do pagamento de seu salário. Efetivamente, é o salário irredutível, contando que seja devido.

Entretanto, em princípio, só há salário quando há trabalho. Como bem o lembram ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK, "qualquer remuneração paga ao empregado sem trabalho prestado não é tecnicamente, salário" (Curso de Direito do Trabalho, Forense, Rio, 1972, pág. 212).

Algumas correntes doutrinárias buscam dar caracterização a tal paga efetuada sem prestação de serviço. Segundo alguns, o pagamento levado a efeito pelo empregador nos períodos em que o empregado não trabalha teria natureza de indenização como ocorre quando está doente, ou em fénas ou em licença gestante, dentre outras hipóteses, aínda que tal indenização de natureza assistencial ou previdencial haja de ser correspondente ao salário. Para outros autores, enquanto permaneça a condição de empregado e um dos pólos da relação de trabalho e a obrigação de pagar-lhe daquele que ocupa o pólo empregador, tal paga tem natureza salarial. E, ainda outros, distinguindo entre diferentes formas de interrupção ou suspensão do contrato de trabalho, afirmam que quando a não-prestação de trabalho decorre de acontecimentos que não dependam da vontade das partes

fortuitos, imprevistos e imprevisíveis, o pagamento assume o caráter de indenização assistencial. Se, ao contrário, tais hipóteses forem previsíveis, o pagamento efetuado pelo empregador caracteriza-se como salário deferido, como se houvesse sido descontado das prestações já pagas, como ocorre com os repousos semanais, as férias e o abono de Natal.

Entretanto, à luz das leis brasileiras, como escrevem os autores antes mencionados, "algumas dessas interrupções ou suspensões (acidentes do trabalho, doença) são resolvidas em termos de indenização sob a forma previdencial ou simplesmente ressarcitória, pelo menos, nos casos de doença, após os primeiros 15 dias de afastamento do empregado; os demais casos, porém, segundo prevalente opinião, são consideradas **salário** as atribuições econômicas pagas pelo empregador" (Obra citada, pág. 214).

E, a teor do artigo 462 da Consolidação das Leis do Trabalho, "ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou convenção coletiva".

Entretanto, somente aquelas hipóteses nas quais o empregador se mantém obrigado a prestar sua atribuição econômica serão consideradas suspensões autorizadoras de seu pagamento independentemente da prestação de trabalho. E isto não ocorre com relação à prisão preventiva, para a qual a CLT não prevê tal efeito.

A contrario sensu do artigo 131 daquela Consolidação tal período em que perdure a medida há de se considerar falta e, enquanto falta, suspensão da prestação de serviço não remunerável.

Com efeito o dispositivo em tela, versando o direito a férias, dispõe:

"Não será considerado falta ao serviço, para os efeitos do artigo anterior, a ausência do empregado:

I — Nos casos referidos no artigo 473;

II — durante o licenciamento compulsório da empregada por motivos de maternidade ou aborto não criminoso, observados os requisitos para a percepção do salário-maternidade custeado pela Previdência Social;

III — por motivo de acidente do trabalho ou de incapacidade que propicie concessão de auxílio-doença pela Previdência Social, excetuada a hípótese do inciso IV do artigo 133;

 IV – justificada pela empresa, entendendo-se como tal a que não tiver determinado o desconto do correspondente salário;

V — durante a suspensão preventiva para responder a inquérito administrativo ou de prisão preventiva, quando for impronunciado ou absolvido; e

VI — nos dias em que n\u00e3o tenha havido servi\u00f3o, salvo na hip\u00f3tese do inciso III do artigo 133." (grifamos).

Portanto, ocorre a falta, enquanto não verificada a absolvição ou impronúncia.

Demais disso, revela notar que, sendo o empregado estável não poderá ser despedido sem a propositura de inquérito judicial, para apuração de eventual falta que o ilícito penal que haja praticado possa igualmente configurar no plano trabalhista.

Com efeito, dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho que "o empregado que contar com mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devi-

damente comprovadas" (artigo 492), considerando como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador e falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o artigo 482, "quando por sua repetição ou natureza representarem séria violação dos deveres e obrigações do empregado" (artigo 493).

É o texto do artigo 482:

"Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

a) ato de improbidade;

b) incontinência de conduta ou mau procedimento;

c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;

d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;

e) desídia no desempenho das respectivas funções;

f) embriaguez habitual ou em serviço;

g) violação de segredo da empresa;

h) ato de indisciplina ou de insubordinação;

i) abandono de emprego;

j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

k) ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legitima defesa própria ou de outrem;

I) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único — Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado, a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional."

Em que pese o fato de estar em tramitação sua efetivação, somente a partir da posse a ser tomada pesteriormente à nomeação do servidor celetista operarse-ia sua mudança de regime jurídico. Até tal momento seu regime é o da Consolidação das Leis do Trabalho.

3. São as razões pelas quais opinamos pela propositura de inquérito judicial para apuração de eventual falta grave que possa ter sido cometida pelo servidor de que trata o presente expediente, mediante a sustação de seu processo de efetivação, até solução final daquele, bem como pela suspensão de pagamento de seus salários pelo período em que vigorar a prisão preventiva.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 18 de novembro de 1986.

CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME ABERTO POR SERVIDOR CONDENADO CRIMINALMENTE

CYL PARANHOS DE LIMA Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 6.971

Servidor condenado criminalmente à pena privativa de liberdade, para cumprimento em regime aberto; três (3) anos de reclusão.

Exame constitucional e legal que conduz à necessidade de instauração de processo administrativo-disciplinar, por incursão na hipótese do inciso XI do artigo 218 da Lei n.º 1.751/52.

Decisão judicial final prolatada sob a égide da Lei nº 7.209/84, que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal Brasileiro, para introduzir regramento mais brando que o anterior, no que refere aos efeitos da condenação.

A nova Lei Penal e as hipóteses redutoras de vencimentos devidos ao servidor público condenado (artigo 41 da Lei RS n.º 1.751/52).

Especificidades do caso proposto ao estudo e soluções aventadas em estrito cumprimento da legislação federal e estadual incidentes.

O Senhor Secretário de Estado da Fazenda encaminha a esta Procuradoria-Geral do Estado, para exame e parecer, expediente que versa sobre o reimplante na Folha de Pagamento da Superintendência dos Serviços Penitenciários, a contar de 25 de novembro de 1985, do Agente de Segurança Penitenciária, matrícula nº 11838809, Classe C, condenado à pena de três (3) anos de reclusão, com decisão trânsita em julgado em 05 de março de 1986.

A "Carta de Guia", subscrita pelo Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito de Uruguaiana, em 09 de junho de 1986, registra os seguintes elementos:

- o fato delituoso ocorreu em **29 de setembro de 1980** e consistiu em incursão no delito descrito no artigo 351, § 1º do Código Penal Brasileiro, ou seja, fuga de pessoa presa, na forma qualificada;
 - a sentença condenatória de 1º grau data de 10 de novembro de 1983;
- o acórdão confirmatório da pena de reclusão por três anos foi exarado pela 2.º Câmara Criminal do Tribunal de Justiça em 21 de novembro de 1985 e transitou em julgado em 05 de março de 1986;

— a prisão do apenado ocorreu em **02 de dezembro de 1985,** com término previsto para 02 de dezembro de 1988, sendo que o regime da pena é aberto.

Aos autos se fazem presentes informes da efetividade do servidor que atuou na Penitenciária Estadual do Jacuí até 29 de novembro de 1985. Em 02 de dezem-

bro de 1985 foi recolhido ao Presídio Municipal de Uruguaiana onde passou a cumprir a pena até 22 de fevereiro de 1986, data em que foi transferido para o Presídio Central de Porto Alegre. Nesse estabelecimento carcerário encontra-se desde 23 de fevereiro de 1986 até a data da informação, prestada em 14 de julho de 1986, exercendo atividade na usina da prisão.

A Assessoria da Superintendência Administrativa da Secretaria da Fazenda, em bem lançada informação que mereceu apoio da chefia, alerta para as alterações introduzidas na Parta Geral do CPB pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, assim como as regras legais estatutárias aplicáveis aos integrantes do Quadro dos Funcionários Penítenciários do Estado, em especial o disposto no inciso XI do artigo 218 da Lei RS nº 1.751/52, que determina a aplicação da penas de demissão a bem do serviço público ao servidor que "foi condenado pela prática de crime a que seja cominada a pena de reclusão".

Até aqui o relatório.

Prefacialmente, causa espanto que nenhuma providência administrativa tenha sido adotada para a apuração do fato infracional, ocorrido em 29 de setembro de 1980, que se ajusta à definição de delito capitulado no CPB como "Crime contra a Administração da Justiça", que se insere entre os crimes "Contra a Administração Pública", elencados no título XI da Lei Penal:

"Artigo 351 — Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida à medida de segurança detentiva:

Pena — detenção de seis meses a dois anos.

§ 1.º — Se o crime é praticado à mão armada, ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento, a pena é de reclusão, de dois a seis anos."

Como se pode constatar, o delito que mereceu o apenamento do Poder Judiciário o foi como figura típica qualificada, ou pelo meio de execução ou pelo concurso de pessoas. Ainda assim, nada foi providenciado pela Administração.

Como integrante do Quadro de Funcionários Penitenciários, criado pela Lei RS nº 6.502, de 22 de dezembro de 1972, seu regime disciplinar é o previsto na Lei RS nº 6.194, de 15 de janeiro de 1971, antigo Estatuto da Polícia Civil, com as remissões à Lei RS nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952.

Na legislação estadual aplicável existe previsão expressa referente ao fato infracional, como se reproduz:

Lei RS nº 6.194/71

"Artigo 32 — A pena de demissão será aplicada nos casos de: 1 — crime contra a Administração Pública;

§ 4.º — Em função da gravidade da falta, a demissão poderá ser aplicada com a cláusula 'a bem do serviço público', a qual constará sempre dos atos de demissão e se verificará nos casos previstos no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado."

Lei RS nº 1.751/52

"Artigo 218 — Será aplicada a pena de demissão a bem do serviço público ao funcionário que: II — praticar crime contra a ordem e a administração pública, a fé pública e a Fazenda Estadual, ou qualquer outro previsto nas leis relativas à segurança e à defesa nacional;

XI — for condenado pela prática de delito a que seja cominada a pena de reclusão."

A inação da Administração fere a regra da Lei RS nº 6.194/71, que de forma meridiana determina:

"Artigo 36 — A autoridade policial (penitenciária) ou diretor de órgão administrativo, técnico ou especializado que tiver notícia ou ciência de irregularidade cometida por servidor é obrigado a promover sua apuração imediata, por meios sumários, no prazo máximo de cinco (5) dias, se se tratar de subordinado seu, ou comunicá-lo dentro de quarenta e oito (48) horas à autoridade competente a fim de não se tornar conivente." (a expressão 'penitenciária' colocada no corpo do artigo entre parênteses o foi para facilitar a compreensão do texto, posto que não consta do original).

Tal regra legal encontra similar no Estatuto do Funcionário Público Civil do

Estado, no artigo 225.

Pelos informes do autos a lei foi descumprida, não inobstante o servidor tenha praticado delito contra a Administração Pública, na forma qualificada. Ademais, ao que se deduz, a açao foi em objeto de serviço ou, pelo menos, usando a condição de servidor penitenciário, o que a torna mais aguda.

O fato transgressional, de feição penal, data de mais de seis anos, longo período em que a Administração omitiu providências apuratórias, de natureza indisponível, estabelecidas em prol da regularidade e moralidade do serviço público.

Agora, trata-se de solucionar o impasse criado no caso particular, tendo presente suas características e os novos regramentos federais.

Em concreto, se está diante de decisão judicial trânsita em julgado, portanto indiscutível e imutável, salvo revisão processual, que determinou o cumprimento da pena de reclusão por três (3) anos em regime aberto. Há, então, certeza do fato criminoso e de sua autoria.

A Administração Estadual tem, desde o tempo do Conselho do Serviço Público, manifestado entendimento quase uniforme, no sentido da dispensa do processo administrativo-disciplinar quando a aplicação da pena pelo Poder Judiciário é correspondente à ora tratada, tendo em vista as regras vigentes até janeiro de 1985, no CPB, como se transcreve:

"Artigo 68 — Incorre na perda de função pública:

 I — o condenado à pena privativa de liberdade por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente à função pública;

II — o condenado por outro crime à pena de reclusão por mais de dois anos ou de detenção por mais de quatro."

"Artigo 70 — A sentença deve declarar:

I — a perda da função pública, nos casos do n.º I do art. 68; Parágrafo único — Nos demais casos, a perda da função pública ou a interdição de direitos resultam da simples imposição da pena principal."

No Parecer do Conselho do Serviço Público de nº 6.144, em que foi relator o

Conselheiro HERVANDIL FAGUNDES, publicado no DOE de 1º de fevereiro de 1965, ficou claro o entendimento:

"Tratando-se de pena administrativa de demissão, de penalidade decorrente da principal, de natureza penal, tem o ato respectivo caráter declaratório, caberido, portanto, a cláusula de retroatividade de efeito à data do trânsito da decisão judicial cominatória da pena principal de que decorre a de demissão."

Diversos pareceres desta Procuradoria-Geral decidiram na mesma linha, ante a previsão expressa de pena acessória ou valendo-se da automaticidade da mesma com base na quantificação. Cita-se apenas exemplificativamente: Parecer nº 283/GAJ/1967, Parecer nº 45/USE/70, Parecer nº 46/USE/70, Parecer nº 2.686/74, Parecer nº 2.686/74, Parecer nº 2.586/74, Parecer nº 3.953/78 e Parecer nº 6.525/86.

Com posição intermediária, isto é, admitindo a instauração de processo administrativo-disciplinar com natureza formal, a PGE manifestou-se no Parecer nº 4.187/80, cuja ementa, em certo lance, esclarece:

"Processo administrativo-disciplinar com fundamento no art. 218, XI, do Estatuto tem caráter meramente formal, não havendo necessidade de ouvir testemunhas."

Com posicionamento mais radical, pela dispensa de processo administrativo-disciplinar, existe o Parecer nº 2.991/76, que enuncia na ementa:

"Condenação criminal passada em julgado por crime a que se comina pena de reclusão. Demissão a bem do serviço público independente de inquérito."

Mais adiante, no mesmo parecer, o Procurador NILO DAMASCENO FER-REIRA aduz:

"Nos termos do art. 218, inciso XI, do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952), deve ser aplicada a pena de demissão a bem do serviço público ao servidor condenado pela prática de crime a que se comine a pena de reclusão. Basta, para a configuração dessa hipótese, haver a condenação por delito para o qual o Código Penal prevê, em abstrato, pena de reclusão, sendo indiferente a sanção em concreto aplicada ao servidor. A condenação, em si, em tal caso, demonstra não possuir o funcionário os requisitos relativos à boa conduta pública e privada, essenciais ao desempenho da funcão pública."

Com a edição da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, foram modificados os dispositivos da Parte Geral do Código Penal Brasileiro de 1940.

A Lei n.ª 7.209, que passou a viger em 11 de janeiro de 1985, alterou substancialmente o sistema anterior e no que diz com o tema da então denominada "Pena Acessória" tratou da matéria nos artigos 91 e 92, que se inserem no Capítulo VI, "DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO", in verbis:

"Artigo 92 — São também efeitos da condenação:

I — a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública quando a pena aplicada for superior a quatro anos.

Parágrafo único — Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença."

Verifica-se, ante a nova legislação, que a perda do cargo ou função pública fica condicionada a ocorrência dos pressupostos:

 crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

- quando a pena aplicada for superior a quatro anos.

Além do implemento desses pressupostos conjuntos, avulta a nãoautomaticidade da aplicação que fica reservada ao prudente critério judicial que, se decidir agilizar tal efeito condenatório, o fará expressa e motivadamente na sentenca.

A política penal que ora vige estancou o fluxo de decisões administrativas lastreadas no tratamento legal da pena acessória, até janeiro de 1985. Urge maior reflexão, posto que o tema é novo e sem precedentes conhecidos nesta PGE.

Impõe-se o deslinde da questão: Não tendo sido aplicada, expressa e motivadamente, pelo Poder Judiciário, a perda do cargo público, pode a Administração agilizar o disposto no inciso XI do artigo 218 da Lei RS n.º 1.751/52 sem processo administrativo-disciplinar, quando a condenação aplica pena de reclusão de três anos?

— O primeiro enfoque há de ser o constitucional. A Carta de 1967, com a redação da Emenda nº 1, de 1969, dispõe:

"Artigo 105 — A demissão somente será aplicada ao funcionário: I — vitalicio, em virtude de sentença judiciária;

II — estável, na hipótese do número anterior ou mediante processo administrativo, em que lhe seja assegurada ampla defesa."

§ 15 — A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. *

Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção."

De conseqüência, no caso do servidor estável, a pena demissória pressupõe a existência de sentença condenatória que disponha sobre a perda do cargo ou função, de forma principal ou não; ou de processo administrativo-disciplinar em que seja assegurada ampla defesa.

Num segundo enfoque, pela nova redação da Parte Geral do CPB, a perda da função ou cargo público sobrevive como efeito de condenação, sem caráter de automaticidade, desde que o magistrado a determine e motive, na sentença, jungido a ocorrência de pressupostos estritos e mais rigorosos que os da legislação anterior.

O terceiro enfoque diz diretamente cem a regra do inciso XI do artigo 218 da Lei RS nº 1.751/52 que, como se anotou, preceitua o apenamento expulsivo qualificado sempre que houver condenação por delito em que a pena cominada seja a de reclusão. Tal regra, na falta de sentença definitiva que determine a perda da função ou cargo público, há de ser conjugada, necessariamente, com o disposto no art. 226 da mesma lei, que manifesta:

"Artigo 226 — O processo administrativo-disciplinar precederá sempre a demissão do funcionário, seja estável ou não."

Destarte, duas são as modalidades de demissão de servidor público: **como regra geral**, mediante a observância de processo administrativo-disciplinar, com garantia de ampla defesa. Ou, **em cesos mais esporádicos**, por via de sentença judicial que trate diretamente do vínculo funcional, de forma principal, ou como efeito decorrente da condenação.

No caso em exame, a conclusão que desponta é indicativa da necessidade

da instauração de processo administrativo-disciplinar, com observância de ampla defesa, ainda que se parta da certeza da prática do delito e de sua autoria, até porque, mais do que o fato criminoso — que no caso é decorrente da atividade pública — o processo administrativo se estribará na CONDENAÇÃO PENAL DE-FINITIVA, APLICADA A PENA DE RECLUSÃO. Por certo que a área de manobra de defesa é menor, mais de natureza técnica, até porque, como se reiterou, fato e autoria são incontestes.

Em inúmeros pareceres, esta Procuradoria-Geral reafirmou a tese da índependência da instância administrativa e judicial, o que é correto. Todavia, ao lado dessa assertiva, caso a caso, pode-se detectar pontos de aproximação, que chegam até a absoluta absorção do **decisum** pela instância administrativa, quando há expressa determinação de perda da função ou cargo público. Então, o ato que a Administração emitirá, à quisa de punicão, é meramente declaratório:

O caso que anima este expediente tem peculiaridades que foram mencionadas ao correr do estudo e merecem ser avaliadas por conta do instituto da prescrição, para estabelecer se ainda cabe a imposição da pena administrativa:

 o fato infracional, ocorrido em 29 de setembro de 1980, está ligado à atividade funcional do condenado;

 a Administração, por falha dos agentes hierárquicos do servidor, foi omissa na apuração discíplinar da transgressão;

- a sentença de 1º grau data de 10 de novembro de 1983, quinta-feira, sem que haja notícia de quando o ilustre representante do Ministério Público foi dela cientificado. Na carência de informes precisos, é admissível deduzir, pela mais branda das hipóteses para o condenado, que a ciência do MP ocorreu no dia imediato. Então, nos termos dos artigos 593 e 798 do Código de Processo Penal, o termo final para o recurso oficial foi implementado no dia 16 de novembro de 1983:
- como a acusação não apelou, para ela o trânsito em julgado teria ocorrido no dia 16 de novembro de 1983, por suposição, é claro;
- a apelação do réu fez o processo subir ao Tribunal de Justica, onde a pena de três (3) anos de reclusão foi confirmada, em 21 de novembro de 1985, já então sob a égide da nova lei que reformulou a Parte Geral do CPB. O trânsito em julgado veio a ocorrer em 05 de marco de 1986.

Aínda que o fato apenado esteja encartado no Título XI do CPB, que trata "Dos Crimes Contra a Administração" não seria de trazê-lo para exame dentro do processo disciplinar porque o reconhecimento do delito e autoria é definitivo. O fato punível administrativamente prende-se, tão só, à condenação definitiva com pena de três anos de reclusão. Não existe fomento para reabrir o exame do delito como fato ensejador de pena funcional. O momento que deveria ser efetivada a verificação disciplinar da facilitação de fuga de preso, em sua modalidade exacerbada, já não subsiste, ante a certeza que a decisão judicial confere.

O exame que se procede é de verificação da oportunidade da aplicação da pena disciplinar, ou se já ocorreu a prescrição, causa extintiva da punibilidade, que estanca o **jus puniendi** da Administração.

A detecção do prazo prescricional há de se fazer pelo CPB, tendo em conta a pena em concreto, em estrito cumprimento ao disposto no § 2º do artigo 35 da Lei RS nº 6.194/71, que remete à lei penal o cômputo da prescrição quando de delito se tratar.

Então, de retorno ao disciplinamento do Código Penal Brasileiro, segue-se a reprodução dos preceitos que dizem diretamente com o caso:

"Artigo 110 — A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos aplicados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terco, se o condenado é reincidente." (em grifos).

"Artigo 109 — A prescrição antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1.º e 2.º do artigo 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

IV — em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;"

"Artigo 112 — No caso do artigo 110 deste Código, a prescrição comeca a correr:

I — do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;" (em grifos).

Pelo que se estimou, sendo pacífico que o ilustre representante do MP não recorreu, **o dies a quo** para efeito da extinção da punibilidade por força da prescrição é 16 de novembro de 1983 e o trato de tempo prescricional é *de oito anos*, que será atingido em 16 de novembro de 1991.

Isto posto, estabelecida a necessidade de promover o processo administrativo-disciplinar e a viabilidade de apenamento expulsivo, eis que o termo final da prescrição não foi atingido, impõe-se concluir:

1) Seja o expediente encaminhado ao Senhor Secretário de Estado da Justiça para que providencie na edição da portaria instauradora do processo administrativo-disciplinar tendo como fato acusatório a **Condenação Penal**, nos moldes do inciso XI do artigo 218 da Lei RS n.º 1.751/52. **Destaca-se que a recomendação é prioritária e do adoção imediata.**

2) Simultaneamente com a conclusão supra, mas em apartado, isto é, sem sobrestar ou interferir na impulsão e andamento do processo disciplinar, impende seja efetivado levantamento sumário para verificar o motivo da omissão das medidas administrativas tendentes à apuração do fato infracional coincidente com delito, que motivou a condenação penal.

3) Em consequência da via aberta pela conclusão n.º 2, devem ser responsabilizadas, se ainda não beneficiadas pelo instituto da prescrição, as autoridades que se mantiveram inertes à época da prática do fato infracional grave.

4) No que pertine ao pagamento dos vencimentos do apenado, razão nuclear da consulta, cabe numa primeira visão verificar sua efetividade antes do recolhimento ao Presídio Municipal de Uruguaiana, para cumprimento da pena.

A) A data que foi indicada para a reimplantação do servidor em folha de pagamento — 25 de novembro de 1985 — pelos informes dos autos, situa-se em momento em que o apenado ainda desempenhava regularmente o cargo na Penitenciária Estadual do Jacuí, cuja efetividade se promulgou até 29 de novembro de 1985, sexta-feira. Após, só existe informe do início do cumprimento da pena que ocorreu em 02 de dezembro de 1985, antes do trânsito em julgado do acórdão.

Como o último dia de efetivo exercício corresponde à sexta-feira (29 de novembro de 1985) e o início do cumprimento da pena à segunda-feira (02 de dezembro de 1985), é de ser considerada efetividade plena até o dia 1º de dezembro de 1985, pois o estabelecimento carcerário em que foi recolhido o servi-

dor é distante, determinando uma longa viagem desde o Presídio do Jacuí, em Charqueadas, até o Município de Uruguaiana, localizado no extremo oeste do Estado.

B) Para solucionar o problema remuneratório, após o último dia de efetividade, 1º de dezembro de 1985, impõe-se reproduzir o artigo 41 da Lei RS nº 1.751/52 que dispõe:

"O funcionário público preso para perquirição de sua responsabilidade em crime comum ou funcional será considerado afastado do exercício até condenação ou absolvição em sentença passada em julgado, com direito a 2/3 do vencimento.

§ 1.º — Absolvido, terá o funcionário direito à diferença de venci-

mento e todas as vantagens legais.

- § 2.º No caso de condenação, e se esta não for de natureza que determine a demissão do funcionário, continuará o mesmo afastado, até o cumprimento total da pena, com direito, apenas, a um terço do vencimento ou remuneração." (em grifos).
- B1.) No período compreendido entre o início do cumprimento da pena (02 de dezembro de 1985) até o trânsito em julgado da decisão (05 de março de 1986), ao servidor será autorizada a percepção de dois terços (2/3, de seu ganho, nos termos do **caput** do artigo 41.

B2.) — A partir do día imediato ao trânsito em julgado, isto é, 06 de março de 1986, há de se atentar para a peculiar situação do servidor apenado com três

(3) anos de reclusão, para cumprimento em regime aberto.

A pena privativa da liberdade já vem com o regime de cumprimento estatuído na sentença, no caso, foi determinado o aberto, admitindo-se, consoante padrões legais da Parte Geral do CPB e da Lei das Execuções Penais, de nº 7.210/84, a possibilidade de **regressão** a regime mais severo. Na via oposta, as leis federais previram, também, a **progressão** do regime rigido até o mais liberal. Tal colocação é feita com o propósito de alargar a visão sobre as novas regras consagradoras da atual política penal.

Para o deslinde da situação dos autos, importa o exame do regime aberto, conforme regras da Lei Penal:

"Artigo 33 — A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferêricia a regime fechado.

§ 1.º — Considera-se:	
a)	
b)	
c) regime aberto a execução da pena em casa de ebergado ou es	5-
tabelecimento adequado.	

- § 2.º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:
 - a)b)
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto."

Artigo 36 — O regime aberto baseía-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1.º — O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. (em grifos).

§ 2º — O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo não pagar a multa cumulativamente aplicada."

"Artigo 38 — O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito a sua integridade física e moral." (em grifos).

Nesse passo, face às regras inovadoras da Parte Geral do CPB conjugadas com os dispositivos da Lei das Execuções Penais, restou abalada a incidência da determinação estatutária estadual do § 2º do artigo 41 que poderá, ou ser amplamente aplicada no caso de cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fachado e semi-aberto; ou ser temporariamente aplicada nos casos de progressão ou regressão do regime, até atingir o aberto; ou afastada se o regime aberto se mantiver durante todo o cumprimento da pena.

Tomando como ponto de partida que o servidor condenado, em regime aberto, está habilitado a exercer seu trabalho, se e enquanto se mantiver nessa modalidade mais liberal, a ele ficou permitido, desde o dia imediato do trânsito em julgado da decisão 06 de marco de 1986, exercer o cargo para o qual está titulado, com o correspectivo direito à integralidade da remuneração.

A exegese adotada na ausência de normas federais que determinem impedimento de retomada do trabalho que já detinha o condenado, reunindo e interpretando, lógica e sistematicamente, os dispositivos legais reproduzidos, afasta a inflexão da regra redutora dos vencimentos, prevista no § 2º do artigo 41 da Lei RS nº 1.751/52, se e enquanto for mantido o regime aberto.

É que o artigo 41 da Lei estatutária de 1952, mesmo com a redação que vigora desde a edição da Lei RS n.º 3.993, de 18 de outubro de 1958, manteve coerência e adequação com a redação anterior da Parte Geral do CPB, editado em 1940,

em que o regime carcerário era mais estrito.

Sob nova visão do sistema penal, estatuído nas leis federais mencionadas, a lei estadual terá que ser adequada, por esforço exegético, consagrando-se ou a aplicação total ou a aplicação temporária da regra do § 2º do artigo 41, ou, até, sua não-incidência, condicionadas tais hipóteses ao regime da pena privativa da liberdade, a ser cumprida pelo servidor público, atentando-se, sempre, a possibilidade de regressão ou progressão dos regimes.

A regra do § 2º do artigo 41 oferece um aporte financeiro, na proporção de 1/3 dos vencimentos do condenado, independentemente de qualquer contraprestação, com feição nitidamente social, e até porque consagra a não-ruptura da relação jurídico-funcional, tornando-a quiescente até a obtenção da liberdade.

Frente à nova estruturação da pena privativa de liberdade, a regra estatutária fica mantida, mas sua incidência ficará pendente de exame caso a caso, não só da fixação inicial do regime da pena mas em consonância com as eventuais alterações, quer progressiva, quer regressiva.

No caso dos autos, ocorre um fato relevante. O servidor estará cumprindo a

pena em regime aberto, com asseguramento do direito ao trabalho público que se insere no conteúdo ocupacional de seu cargo de Agente de Segurança Penitenciária até que sobrevenha a decisão administrativa consequente do processo administrativo-disciplinar, cuja incursão prevê pena de demissão a bem do serviço público.

Como singularidade da espécie, ressalta o próprio conteúdo ocupacional do cargo que o apenado titula e que só pode ser exercido em presídio, no caso a PCPA, ou outro que a chefia determinar, desfigurando, de certa forma, as normas que regem o regime aberto e que prevêem o exercício laboral, sem vigilância e fora do estabelecimento. Ademais, o Estado não providenciou na criação de estabelecimentos especiais, adequados ao cumprimento da pena em regime aberto, como prescreve a alínea "C do § 1º do artigo 33 do CPB.

Ainda com relação ao cargo que o condenado titula e tendo presente o tipo de delito pelo qual sofreu a condenação (fuga de pessoa presa ou submetida à medida de segurança, na forma qualificada do § 1º do artigo 351 do CPB) exsurge uma incompatibilidade frontal com relação a alguns dos encargos alcançados no conteúdo ocupacional da sua atividade pública.

Parece, então, oportuno e adequado que se admita, porque é de lei, o exercício das atribuições do cargo, especificamente voltado para a vigilância, no próprio estabelecimento prisional, apenas com relação a atribuições de caráter burocrático, ou outras que não exponham o recluso a uma eventual reincidência.

Pelo anexo integrativo da Lei RS nº 6.502, de 22 de dezembro de 1972, verifica-se as especificações dos cargos que compõem o Quadro dos Funcionários Penitenciários do Estado. Com relação ao cargo ocupado, Agente de Segurança Penitenciária, destaca-se:

- cargo estruturado em carreira, com quatro classes;
- lotação privativa em estabelecimentos penais do Estado;
- horário normal de 44 horas semanais:
- como síntese dos deveres consta efetuar serviço de vigilância, interna e externa, e custódia de preso.

Ainda dentro do conteúdo do cargo de Agente estão exemplificadas as atribuições, dentre as quais seguem destacadas as adequáveis à situação.

"Fazer rondas periódicas; fiscalizar o trabalho e o comportamento da população carcerária, com observância dos regulamentos e normas em vigor; providenciar a assistência necessária aos presos, em caso de emergência; registrar as ocorrências em livro especial; executar tarefas correlatas." (em grifos).

Na proposição, em que são destacadas algumas atribuições, à guisa da sugestão, não se está inibindo o exercício do cargo, trabalho a que o apenado faz jus, mas se estará estabelecendo cautelas mínimas, de molde a não expor o condenado, a população carcerária e o próprio Estado.

Como a determinação da atividade do servidor, jungida às funções próprias do cargo, é matéria a ser decidida pela chefia, tendo em vista a necessidade do serviço, na especial situação outro elemento deverá ser considerado dentro da atuação discricionária, qual seja evitar atribuições que ensejam expor temerariamente o condenado, que além de carregar severo antecedente funcional, logo será citado para responder a processo administrativo-disciplinar no qual a acusação propicia demissão a bem do serviço público. A regularidade do serviço penítenciário e a disciplina carcerária não poderão encontrar entraves no desempenho laboral do servidor apenado.

A recomendação de cuidados pontuais, sem transgredir a legislação federal e estadual que incidem na hipótese, objetiva preservar o bem social já que o condenado está qualificado para exercer funções de vigilância prisional e simultaneamente foi protagonista de delito contra a Administração estridente e deturpador dessa mesma vigilância.

Não fora a particularidade que o caso encerra, especialmente no entrechoque da atividade pública e da modalidade delitiva praticada, e ordinária seria a solução quanto à observância do cumprimento da pena em regime aberto para servidor condenado, ainda que pendente de processamento administrativodisciplinar.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 19 de novembro de 1986.

TEMPO FICTO PARA APOSENTADORIA E O STF

CAIO MARTINS LEAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 6995

TEMPO FICTO. Interpretação do Art. 103 da Constituição Federal. Mudança da jurisprudência do STF. Manutenção da jurisprudência administrativa do Estado que considera não revogadas as leis anteriores redutoras dos limites à aposentadoria até que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firme sob a nova Constituição. Resguardo da isonomia.

Submete o Senhor Procurador-Geral do Estado a este Conselho Superior, para reexame de orientação da Procuradoria-Geral acerca das normas da legislação estadual redutoras de tempo de serviço à aposentação, o acórdão do Supremo Tribunal Federal no RE 100.959, DF, que, é unanimidade, e de modo diverso do entendimento esposado nos RR/EE nºs 78.984 e 78.486, deu por revogada pelo artigo 103 da Constituição Federal toda legislação ordinária que, anterior ao referido dispositivo, reduzia os limites de idade e tempo de serviço para a aposentadoria.

O areste em questão está assim ementado:

"Aposentadoria especial. Policial civil do Distrito Federal. Aposentadoria voluntária. Aposentadoria compulsória. Constituição Federal, art. 103. Lei complementar. Legislação pretérita (revogação) /1. Somente lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, pode estabelecer exceções às regras de aposentadoria, compulsória ou voluntária, constantes do art. 101, II e III, da Constituição, haja visto o disposto no seu artigo 103. /2. A legislação ordinária pretérita, institutiva de idade para aposentação, compulsória ou voluntária, está implicitamente revogada, a partir da vigência do texto constitucional inserto na Emenda nº 1, porque com ele incompatível. / Recurso extraordinário conhecido e provido."

 O tema da sobrevida das normas locais redutoras dos limites de idade e tempo de serviço para aposentadoria teve nesta Procuradoria-Geral dois tratamentos diversos.

Inicialmente, quando do advento da Constituição Federal de 1967, e em face do § 1º do artigo 100 e do § 1º do artigo 177 daquela Carta, que, o primeiro, cometia à "lei federal" a redução dos referidos limites e, o segundo, assegurava a aposentadoria pela legislação vigente à data da Constituição aos que tivessem

implementado ou viessem a implementar até 15 de março de 1968 as condições para aposentarem-se segundo aquela legislação, entenderam-se revogadas todas as normas que, de uma forma ou de outra, seja por atribuição de tempo ficto seja por valorização de tempo privado, reduziam os limites fixados constitucionalmente para aposentadoria.

Expressivos desta orientação são os Pareceres nºs 2292, 2294 e 2307:

"Ora, assim sendo, é evidente que, estabelecendo em trinta e cinco anos de serviço o tempo para a aposentadoria (...) e determinando que somente *lei federal*, atendendo a natureza especial do serviço, poderia reduzir o tempo para a aposentadoria, a Constituição de 1967 revogou todas aquelas normas que, através de atribuição de tempo fictício, reduziam o tempo de serviço necessário à aposentadoria." (Parecer nº 292, de 23 de dezembro de 1972).

"Efetivamente, com o advento da Constituição Federal de 1967, neste particular referendada e reforçada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não mais se admite na contagem de tempo de serviço público, para fins de inativação, critérios oriundos de legisladores, seja da órbita federal, estadual ou municipal, que visem, por meios diretos ou indiretos, a reduzir o tempo mínimo fixado pela *Lex Fundamentalis* para ensejar o benefício, mediante manifestação de vontade do interessado.

De fato, as leis, até então existentes, vencido o ano de sobrevida que garantiu a Constituição Federal de 1967, tornaram-se conflitantes com o texto constitucional e por isso são consideradas abrogadas (...)." (Parecer nº 2294, de 23 de dezembro de 1972).

"Dessa forma, não poderá o requerente se beneficiar do artigo 177, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1967, por não completar trinta e cinco (35) anos de serviço em 15-3-1968. E não implementando até essa data as condições necessárias para sua aposentadoria, perdeu o requerente as vantagens da Lei nº 2.455/34, como da Lei nº 4.585/63, por terem sido ambas revogadas." (Parecer nº 2307, de 10 de ianeiro de 1973).

Após, no entanto, em razão principalmente do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no RE 78.984, a Procuradoria-Geral do Estado, então Consultoria-Geral, modificou sua orientação, passando a entender não revogadas as normas redutoras.

Neste sentido, por exemplo, é o Parecer nº 2923, de 13 de março de 1975, do então Consultor-Geral do Estado MÁRIO BERNARDO SESTA, que, tratando de valorização de tempo de magistério particular previsto na Lei nº 4.473/63, e invocando o referido aresto do Pretório Excelso, entendeu-a não revogada nos seguintes termos:

"É princípio assente na doutrina o da continuidade da ordem jurídica, por força do qual a vigência de uma nova Constituição não derroga a legislação ordinária existente, excetuadas as disposições com ela conflitantes ou por ela revogadas expressamente. (...) No recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 78.984 (Acórdão de 9 de outubro de 1974), o Colendo Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, examinando matéria semelhante à do presente caso, decidiu que a "lei complementar, prevista no art. 103 da Constituição Federal,

estabelecerá as exceções para o futuro, não prejudicando os direitos consagrados em leis anteriores não incompatíveis com o texto constitucional." (...) Assim sendo, sou de parecer que, de ora em diante deverá ser seguida, sobre o assunto, nova orientação baseada no julgamento em referência proferido pelo Supremo Tribunal Federal, pois esse Órgão tem como função primordial assegurar a obediência à Constituição Federal, atraves da interpretação e aplicação exata de seus preceitos."

A propósito, é conveniente destacar as partes principais, também transcritas no Parecer nº 2923, do acórdão no RE 78.984, "verbis":

"Se a própria Constituição, no art. 103, admite exceções, condicionando-as somente à natureza complementar da lei, por que exceções anteriormente existentes não seriam admissíveis? Não vejo nenhuma incompatibilidade em se aplicar aquela lei que não foi revogada por uma lei complementar e que não viola o princípio das exceções à norma do art. 101, II, da Constituição Federal. Parece-me que é caso de aplicação do princípio da continuidade do direito. (...) De modo que não vejo, "data venia", que esteja realmente revogado o art. 53 da Lei nº 4.881-A, de 65, ou que seja, sequer, incompatível com a Constituição e até mesmo com o seu espírito." (excerto do voto do Min. CORDEIRO GUERRA, RTJ 71/292).

"É certo que agora se fala na exigência de lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República. Mas a lei dispõe, normalmente, para o futuro. Vale dízer: já agora não basta uma lei federal para reduzir o limite. Mas a redução operada no regime constitucional anterior se ajusta perfeitamente ao novo regime constitucional. (...) Sim, porque o regime constitucional não é o da forma da lei. É a possibilidade de a lei reduzir aquele máximo. Já agora é necessário a lei complementar. Mas isto é um pormenor formal para que haja redução do tempo, na vigência da Emenda Constitucional de 1969. Porém, quanto ao sistema constitucional, ó atual repete o anterior, possibilitando a redução de idade. Ora, se o sistema constitucional atual não se diferencia do anterior ao permitir essa redução, parece-me que permanece o ordenamento jurídico anterior, que não entesta com o sistema atualmente adotado. Será necessário lei complementar, já agora, para que, na vigência da Emenda Constitucional, se reduza o tempo de aposentadoria. Mas. com isso . não se declara inconstitucional uma norma emitida de acordo com a Constituição que vigia anteriormente e que atence ao próprio sistema hoje vigente." (excerto do voto do Min. RODRIGUES ALCKMIN, RTJ 71/292-3).

Na mesma linha, de outra parte, o Parecer nº 3118 de 29 de setembro de 1975 do Procurador do Estado JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO:

"Daí a exegese do preceito em análise (art. 103, CF), qual seja, a de ter-se por válida a legislação ordinária anteriormente promulgada, em respeito ao princípio da continuidade da ordem jurídica, aspecto ressaltado no Acórdão do STF, cuja função precípua — como se viu — é interpretar e aplicar com exatidão os mandamentos constitucionais."

Este, portanto, o posicionamento atual da Procuradoria-Geral do Estado sobre o tema, sendo de notar que, após o RE 78.984, ainda uma vez mais, e no mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se sobre a matéria ao julgar, em 22 de agosto de 1975, o RE 78.486, 1º Turma, Rel. Min. RODRIGUES ALCKMIN, no qual se pôs:

"Na verdade, é princípio interpretativo irrecusável que os dispositivos constitucionais passados e sua legislação complementar continuam em vigor sob novos diplomas, sempre que não contrariarem disposições expressas destas (cf. CARLOS MAXIMILIANO, "Hermenêutica e Aplicação do Direito, 7ª ed., 1961). E tal é precisamente o que ocorre neste caso: a legislação excepcional vigente sob as Constituições de 1946 ou de 1967 em nada contradiz, no espírito ou na letra, a Emenda Constitucional 1. (...) Acrescento a esta fundamentação que aos precedentes invocados (MS 17.971, Rel. Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, RE 67.827, Rel. Ministro ELOY DA ROCHA) se soma a decisão tomada em sessão plenária de 9-10-74, RE 78.984 do Rio de Janeiro, em que se assentou permanecer vigente norma legal anterior ao texto constitucional, relativa à redução do tempo para aposentadoria" (excerto do voto do Min. RODRIGUES ALCKMIN, Relator, RTJ 76/543-4).

4. O Supremo Tribunal Federal, porém, agora, como se disse, modificou a orientação para entender revogadas pelo art. 103 da Constituição Federal as normas que, à míngua da lei complementar ali prevista, reduziam os limites para a aposentação, conforme se vê no aresto do expediente, o qual, julgado em sessão plenária a 23 de novembro de 1983, está assim lançado em suas partes mais importantes:

"Parecem, portanto, de todo incompatíveis com a reserva da lei complementar, posta no art. 103, dotada de atribuições constitucionais para excepcionar as regras estabelecidas, as leis ordinárias que dispõem sobre normas especiais de aposentadoria, sob a inspiração de um outro modelo constitucional: há uma incompatibilidade de substância e de forma. A prevalência de normas outras que não aquelas emanadas de iniciativa exclusiva do Presidente da República e de determinado processo legislativo iria em contrário ao espírito e aos propósitos da Constituição, frustrando os designios de uma política legislativa que ela quis assegurados. (...) Assim, no meu entender, qualquer que seja a exceção a instituir, com relação às regras estabelecidas na Constituição, quer quanto à aposentação compulsória, quer quanto à aposentadoria voluntária, redutoras da idade ou do tempo, tendo em vista a natureza do servico, estará a depender de lei complementar, e, assim sendo, não têm eficácia os dispositivos legais anteriores que disponham sobre matéria reservada a esse processo legislativo" (excerto do voto do Min. RAFAEL MAYER, Relator).

"Na Constituição se nota a preocupação de serem fixados, inclusive para os Estados, determinados parâmetros a serem rigorosamente observados, em face dos excessos que continuamente se verificavam. Estabeleceu, no tocante à aposentadoria (artigo 102), determinadas regras, possibilitando, apenas, pelo artigo 103, que houvessem exceções, mediante lei complementar, de iniciativa da Presidência da República, quanto ao tempo e natureza do serviço. Assim, tendo-se que as normas ora examínadas divergem daquelas estabelecidas na própria Constituição, sendo com elas incompatíveis, não podem pre-

valecer. A norma do art. 103 é dirigida ao legislador, não podendo ser suprida pelo Poder Judiciário. É de observar, outrossim, que as disposições da Constituição Federal ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados, segundo o disposto no seu artigo 200" (excerto do voto do Min. ALDIR PASSARINHO).

E, no mesmo sentido, confirmando a nova jurisprudência, seguiram-se ainda o RE 103.735, DF, 2ª Turma, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO (RTJ 113/404) e o RE 104.470, DF, 2ª Turma, Rel. Min. DJACI FALCÃO (RTJ 113/934).

Aliás, precursor da modificação jurisprudencial fora, na verdade, o RE 91.604, BA, julgado em 9 de dezembro de 1981 pelo Pleno, em que, vencidos os Ministros RAFAEL MAYER (Relator), CORDEIRO GUERRA e XAVIER DE ALBU-QUERQUE, entendera-se revogado o inciso I do artigo 53 da Lei federal nº 4.881-A/65 (Estatuto do Magistério Superior) que fixava em 65 anos o limite de idade para a aposentação compulsória do ocupante de cargo de magistério superior. E se é certo que nesse precedente alguns votos fundaram-se no fato de não ser possível no regime da Emenda Constitucional 1/69, aínda que mediante lei complementar, reduzir-se o limite de idade para a aposentadoria por a ele não aludir o artigo 103 (cf. votos Min. NERI DA SILVEIRA, relator p/acórdão, e Min. SOA-RES MUÑOZ), a verdade é que a maioria vencedora deu pela revogação porque pelo novo modelo se exigiria aquela lei para a redução (cf. votos Ministros FIRMI-NO PAZ, CLOVIS RAMALHETE, MOREIRA ALVES, DECIO MIRANDA e DJACI FALCÃO) (RTJ 112/652).

- Portanto, diante da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e pelas mesmas razões que determinaram a modificação da orientação inicial desta Procuradoria-Geral, cumpriria revisar a jurisprudência administrativa para adequá-la ao novo entendimento.
- No entanto, em face das peculiarissimas circunstâncias atuais, não nos parece deva ser revisada, por ora, a atual jurisprudência administrativa do Estado na matéria.

Isto porque, aplicada tal orientação de longa data — e aplicada em função da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, o que lhe retira qualquer eiva de irrazoabilidade — e dela já se tendo beneficiado um sem número de servidores, cujos atos, já exarados, e em resquardo da estabilidade e confiabilidade da conduta da Administração, não seriam atingidos pela nova orientação (cf. extinto Conselho do Servico Público, Pareceres n.ºs 7130, 7332, 7388 e 7436, rel. ALMI-RO DO COUTO E SILVA, ADROALDO MESQUITA DA COSTA, RDA 62/286-8, CARLOS MEDEIROS DA SILVA, RDA 20/233 e 109/278, ANTONIO BALBINO, "Formulações 1 a 100 do DASP", p. 352, FRANCISCO CAMPOS, "Direito Administrativo", p. 62, e o próprio Supremo Tribunal Federal, RDA 1/174 e 69/187-95), sua modificação agora, às vésperas da instalação da Assembléia Nacional Constituinte (EC 26/85, artigo 1.º) e, portanto, nos estertores da vigência do indigitado artigo 103, não se nos afigura razoável. É que apenas faria, com grave lesão à isonomia, e num quadro de indefinição constitucional, subtrair a redução do tempo aos poucos servidores que, em idêntica situação à dos muitos beneficiados durante a longa aplicação da orientação antiga, houvessem de ter seus atos de aposentação exarados a partir de agora e até a promulgação da nova Constituição.

Assim, não obrigado o Estado pelas novas decisões do Supremo Tribunal, pois não foi parte nos respectivos processos, parece-nos deva ser por ele susten-

tada a correção do seu entendimento atual pelo menos até que a jurisprudência da Suprema Corte se firme num quadro de perfeita estabilidade constitucional.

7. Na verdade, não obstante se reconheça e proclame o respeito que merecem as decisões do Supremo Tribunal Federal como superior intérprete da Constituição, respeito aliás, que determinou a modificação da orientação inicial da jurisprudência administrativa, não se pode desconhecer que, tirante as hipóteses, excepcionais, da ação direta de inconstitucionalidade ou de interpretação de ato normativo (CF, artigo 119, I, 1), ou, ainda, das ações de Estado (CPC, artigo 472, 2º parte), as decisões judiciais, ainda que do Supremo Tribunal Federal, obrigam apenas as partes, conforme a lição, cediça na doutrina, de AMARAL SANTOS:

"A sentença é proferida no processo das partes, traduzindo-lhes a vontade da lei componedora da lide. Por isso tem força de lei entre as partes. Terceiros, estranhos ao processo, entretanto, os quais até mesmo podem ignorar a existência deste, e cujos direitos são regulados e tutelados pela lei, estão livres de subordinação à sentença, que é lei entre as partes, e contra a qual poderão reagir quando esta os prejudicar." (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV,p.487).

- 8. Não se trata, evidentemente, aqui, de ignorar as decisões do Supremo Tribunal Federal, mas, isto sim, por a elas não estar o Estado juridicamente obrigado, de manter e sustentar a correção de uma interpretação que desde muito, e com fundamento na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal, vem sendo aplicada e sob pálio da qual se formaram situações cuja modificação agora, no ocaso da vigência do dispositivo que a determinaria, haveria de gerar grave lesão à isonomia na medida em que, prejudicando uns poucos, já teria beneficiado muito em situação absolutamente idêntica. E, como se sabe, a isonomia é pedra angular de nosso sistema de direitos (CF, artigo 153, § 1.º), que administrador algum pode desconhecer e que todos têm o dever de preservar.
- 9. Aliás, a possibilidade de um posicionamento discordante da interpretação dada pela Suprema Corte a um determinado texto fica ainda mais reforçada quando se considera a não-obrigatoriedade defendida por parcelas ponderáveis da doutrina e pela própria jurisprudência da Corte da suspensão pelo Senado Federal da execução das normas por ela declaradas inconstitucionais (CF, art. 64).

A respeito, vale relembrar os memoráveis votos proferidos pelos Ministros ALIOMAR BALEEIRO, VICTOR NUNES, GONÇALVES DE OLIVEIRA e LUIZ GALLOTTI nos julgamentos pelo Pleno, em 25 de maio de 1966, do Mandado de Segurança nº 16.512 e da Reclamação nº 691, "verbis":

"O Senado tem o direito, mesmo depois da Súmula, de esperar que se pacifique, que afinal se tranquilize o entendimento do Supremo Tribunal; (...) E pode ser, também, que o Senado prefira a reforma da Constituição, para prevalecer o sentido da lei, pugnado pelo Supremo Tribunal; e pode, também, não fazer nada, cruzar os braços, deixar a matéria em ponto morto, que nada lhe acontece, porque não há qualquer sanção para sua resistência. Será justificável que o faça, às vezes, porque é velho que um Tribunal da altitude do Supremo Tribunal, ou da Corte Suprema dos Estados Unidos, ou da Argentina, legisle, num caso concreto. Às vezes, há matizes, em cada caso e aque-

la decisão que díz que a lei é inconstitucional, assim procede em função de determinadas circunstâncias, e não em face da lei." (excerto do voto do Min. ALIOMAR BALEEIRO no MS 16.512, RTJ 38/15).

"(...)entendo como o Sr. Ministro Baleeiro, que o Senado não é um autômato. O Senado pode, a meu ver, julgar da oportunidade de suspender ou não a execução de lei que tenhamos declarado inconstitucional" (excerto do voto do Min. VICTOR NUNES no MS 16.512, RTJ 38/22).

"(...) o Senado Federal tem discrição, tem oportunidade para suspender a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal" (excerto do voto do Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA NO MS 16.512, RTJ 38/26. "(...)às vezes, como foi realçado neste Tribunal, a decisão é tomada por um voto apenas; estando na iminência de serem substituídos os Ministros do Tribunal ou por motivos quaisquer de conveniência, é lícito deixar ao Senado a faculdade de delongar, de deixar passar um espaço de tempo maior, a fim de levar ao Plenário a decisão sobre a inconstitucionalidade de lei decretada pelo Supremo Tribunal Federal" (idem na Rel. 691, RTJ 38/79).

"Estou de acordo com os eminentes Ministros Victor Nunes e Aliomar Baleeiro em que o Senado, atendendo razões de conveniência e oportunidade, pode suspender, ou não, a execução da lei declarada inconstitucional, estendendo ou não, "erga omnes", os efeitos da decisão do Supremo" (excerto do voto do Min. LUIZ GALLOTTI na Rel. 691, RTJ 38/81).

E, no mesmo sentido, embora devam notar-se as posições contrárias de AL-FREDO BUZAID ("Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro", p. 89), MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ("Comentários à Constituição Brasileira", p.234), LÚCIO BITTENCOURT ("O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", p. 145) e CELSO RIBEIRO BASTOS ("Direito Constitucional", p. 59), PAULO BROSSARD ("O Senado e as Leis Inconstitucionais", Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, nº 50, p. 55), MÁRIO GUIMARÃES ("O Juiz e a Função Jurisdicional", p. 264-5), JOSA-PHAT MARINHO (Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, nº 2, p. 12), RONALDO POLLETTI ("Controle da Constitucionalidade das Leis", p. 147) e MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO ("O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos do Poder Público", p. 142).

Ora, se assim é, se se concede que o Senado Federal possa deixar de suspender, a seu exclusivo e discricionário critério, a execução de normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (e para tal declaração exigese, como se sabe, a maioria absoluta), mantendo, assim, em aberto a discussão da constitucionalidade mesma negada pelo Tribunal (decisão posterior, note-se, enquanto não suspensa a execução da regra, pode dá-la por constitucional), não há como se possa deixar de reconhecer ao Estado o direito de sustentar a vigência de normas higidamente nascidas, contra as quais não se imputa qualquer eiva de inconstitucionalidade, principalmente quando tal sustentação tem por base decisões do próprio Supremo Tribunal e, como no caso, se articula com principios básicos de justiça administrativa como o que impõe o tratamento igualitário dos jurisdicionados.

10. Certo, se, definido o quadro constitucional com a promulgação da nova Constituição, manter-se, em face dele, e com firmeza, a atual jurispru-

dência do Supremo Tribunal, a orientação administrativa deve indiscutivelmente a ele adequar-se. Mas aí, então, porque, fundada numa ordem constitucional sem termo predeterminado de vigência, o que não ocorre com a atual (cujo termo é o da promulgação da nova Constituição), e, pois, como ela, aspirando a permanecer, essa jurisprudência não terá o cunho da transitoriedade e sua adoção, sem lesar a isonomia, atingirá *todos*, absolutamente todos, os que, na nova ordem, houverem de ter expedidos seus atos de aposentação.

11. Cumpre notar, por fim, para afastar quaisquer dúvidas, não ter relevância, no caso, o fato de ter-se editado, em 20 de dezembro de 1985, a Lei complementar n.º 51, que reduziu para os policiais os limites de idade e tempo de serviço à aposentação. Esse Diploma não mais fez senão outorgar o benefício de uma maneira geral a todo e qualquer policial, mas, é óbvio, com outorgá-lo, não revogou as demais normas redutoras que, editadas sob a vigência de ordem constitucional anterior permissiva, e compatíveis com a atual segundo o entendimento que parece-nos deva manter-se, continuam vigorantes.

Aliás, o problema chegou a se por no julgamento do RE 78.984 em face da edição da Lei complementar n.º 21 de 24 de setembro de 1974, que, aludindo em sua ementa ao art. 103 da Constituição Federal (como o fez a LC 51/85), dispôs sobre a aposentadoria compulsória de diplomatas, e inclusive se constituiu argumento do voto vencido do Ministro THOMPSON FLORES (RTJ 71/291). O Supremo, no entanto, afirmando a subsistência da legislação anterior, e na linha de que o art. 103 dispunha "para o futuro", não chegou a considerá-lo.

Desta forma, ENTENDEMOS deva o Estado manter e sustentar a correção de seu entendimento atual acerca das normas redutoras do tempo de serviço, até que, promulgada a nova Constituição, sob a nova ordem se firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando então, se for o caso, a ela deverá adequar-se.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 6 de novembro de 1986.

DIREITO A CERTIDÃO

CAIO MARTINS LEAL

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Nº 6.999

Interpretação do artigo 153, § 35, da Constituição Federal. O direito à expedição de certidão pelas repartições administrativas exige tão só à sua configuração legítimo interesse da parte para obter a certidão, que se afere principalmente pela indicação da finalidade, e a nãosigilosidade do ponto a ser certificado. Configuração, no caso, de tais requisitos.

Trata o expediente de recurso interposto por H. R. S., servidor estadual inativo, contra o ato do Senhor Secretário da Saúde e Meio Ambiente que lhe indeferiu pedido de fotocópia autenticada ou certidão dos processos de suas licenças para tratamento de saúde e laudo de aposentadoria.

No pedido indeferido, anexado por cópia, o ora recorrente pleiteou a certificação "tendo em vista os discrepantes laudos periciais emitidos pelo Departamento de Perícia Médica" e "para fins judiciais" (cf. requerimento) e o indeferimento fundou-se nas informações do Senhor Diretor do Departamento de Perícia Médica, segundo as quais "o teor dos laudos periciais somente poderá ser fornecido à autoridade judiciária" (cf. despacho de indeferimento e informações, cópias anexas).

Invoca, no entanto, agora, o recorrente, o art. 153, § 35, da Constituição Federal.

O expediente foi encaminhado para exame a esta Procuradoria-Geral do Estado pelo Excelentíssimo Senhor Chefe da Casa Civil em virtude de se tratar de ex-funcionário deste Órgão e "considerando a cautela da Secretaria da Saúde e Meio Ambiente na condução do assunto". (cf. despacho)

E, aqui, a Unidade de Administração esclarece ter o requerente servido na Procuradoria-Geral do Estado na condição de cedido do DAER no período de 1º de outubro de 1982 a 26 de maio de 1985, quando foi devolvido àquela Autarquia.

É o relatório.

2. O direito à expedição de certidões pelas autoridades administrativas assegurado constitucionalmente "para defesa de direitos e esclarecimento de situações" (cf. artigo 153, § 35) tem sido tratado inúmeras vezes nesta Procuradoria-Geral do Estado, a qual, afirmando-o, e na linha da pacífica orientação doutrinária a respeito, condiciona-o apenas à existência de legítimo interesse na obtenção da certidão, o que se afere principalmente pela indicação da finalidade, e à ausência de dever de sigilo sobre o ponto a ser certificado.

RPGE, Porto Alegre, 17(45): 81-88, 1987

3. Neste sentido, sobre a necessidade de indicação da finalidade a que se destina a certificação, são os Pareceres nºs 4.067, 5.449 e 5.863, "verbis";

> "Postas estas premissas, verifica-se que nada impede sejam fornecidas ao requerente as certidões solicitadas, desde que declarado o objetivo em que tais papéis serão utilizados. Mais se acentua, na espécie, a necessidade da demonstração do direito de que possa ser titular o pretendente aos documentos, quando se considera a reserva com que se costuma averbar os procedimentos administrativos, não só na intenção de preservar a pessoa do indiciado até a caracterização da falta que lhe é imputada como, também, no interesse da própria Administração na apuração da falta. É preciso, assim, que se dê condições à Administração Pública de ajuizar da legitimação para requerer e da existência de ligação do conteúdo do que se quer certificado com o direito deduzido, ou deduzir-se, como explicita PONTES DE MIRAN-DA". (Parecer nº 4.067, de 31 de maio de 1979, do então Consultor Jurídico NEY SA).

> "Além disso, é imperioso anotar que, mesmo na hipótese de defesa de direito, próprio ou de terceiro, o requerente deve explicitar a sua pretensão, de modo a permitir, por parte dos agentes da administração, a identificação não só da legitimação ativa da parte como a matéria que deva integrar o corpo da certidão. A garantia constitucional é suficientemente clara e protetiva para evitar qualquer manobra ou arbitrio tendente a anulá-la. De outra parte, contudo, não pode servir de amparo para os procedimentos emulativos ou carregados de pessoalidade. As relações com a Administração Pública são neutras, de forma que o direito repele ações ditadas por idiossincracias individuais, mormente se elas não servem ao direito dos cidadãos, prestando-se apenas para onerar e sobrecarregar o serviço público. No que diz com o direito de certidão destinada ao esclarecimento de situação, mais rigor deve ser aplicado no exame da situação fática de cada caso. Excluindo, evidentemente, a hipótese em que o requerente tenha interesse no andamento de processo que tramite por repertição pública, nos demais casos deve ficar patente a legitimação da parte para requerer na fundamentação de seu pedido" (Parecer nº 5.449, de 7 de novembro de 1983, do Procurador do Estado NILO VARGAS).

> "Expedição de certidões requeridas às repartições administrativas para defesa de direitos e esclarecimentos de situação. Exame do art. 153, § 35, da Constituição Federal. Necessidade de ser específicada pelo requerente a finalidade pretendida com a certidão". (Parecer nº 5.863, de 5 de outubro de 1984, do Procurador do Estado MARIA IZABEL DE ARAÚJO RIBEIRO FONYAT).

E, além desses, tratando de caso semelhante ao do expediente (cuidava-se também de pedido de certidão de laudo médico), e examinando, inclusive, o aspecto do sigilo, impõe-se referir o Parecer nº 5416 do Procurador do Estado MA-RISA SOARES GRASSI, de que vale transcrever alguns tópicos:

> "Sobre a matéria discorre PONTES DE MIRANDA: "A expedição de certidões requeridas para defesa de direito - cumpre frisar-se -

> > RPGE, Porto Alegre, 17(45): 89-92, 1987

de modo nenhum pode depender de apreciação da espécie pela reparticão que os há de passar: seria permitir-se à autoridade administrativa arbitrio, ou, pelo menos, pré-exame do direito do requerente. A denegação somente se pode admitir por falta de legitimação do requerente para requerer, ou nenhuma ligação do conteúdo do ato certificável com o direito deduzido, ou a deduzir-se, em juízo ou administrativamente, ou sigilo". (PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969", Editora Revista dos Tribunais, 1.ª edição, São Paulo, abril 1971, tomo V. p. 655).

E, prossegue:

"É importante lembrar que no caso de interesse individual o segredo não se impõe ou é relativo, ressaltando a doutrina que a menção a sigilo relaciona-se ao esclarecimento de negócios administrativos onde pode prevalecer o interesse coletivo, assim mesmo, desde que previamente regulado em lei ou na Constituição. (...) Esse sigilo imposto pelo interesse público, mencionado expressamente pelo texto constitucional de 1946, não se confunde com o segredo médico imposto pelo Código de Ética e invocado pelos integrantes do Servico de Biometria. (...) Se os servicos biométricos fornecem pareceres técnicos, acatados, ou não, pela autoridade administrativa e que servem de fundamento aos atos administrativos, como entender que ao funcionário não seja possível conhecer, salvo parcialmente, o laudo médico? O conhecimento mediante o fornecimento de certidões, à semelhança dos pareceres e informações que servem de esclarecimentos às decisões administrativas, incluem-se entre os direitos da categoria dos direitos individuais e está assegurado amplamente na Constituicão no § 35 do artigo 153. Havendo interesse legítimo, o profissional integrante dos Serviços Biométricos, investido nas funções de verdadeiro perito, deve fornecer, se requerido, laudo médico circunstanciado".

- 4. Colocadas, portanto, tais premissas, parece-nos indiscutível a configuração do direito do recorrente à pleiteada certidão.
- 5. Com efeito, de um lado, quanto ao legítimo interesse, e inobstante o requerimento do recorrente não seja um modelo de clareza, pode-se perfeitamente apreendê-lo. Alega-se no petitório a "discrepância entre os laudos periciais" e pede-se a certificação "para fins judiciais". Lícita, portanto, a inferência de que se pretende a certidão para constatar e/ou comprovar a "discrepância", entre os laudos, o que é fato relevantíssimo, e, se for caso, deduzi-la em juízo. Tanto basta, segundo nos parece para conferir legitimidade ao interesse do requerente na certificação, máxime quando se considera que os dados a serem certificados se relacionam a ele próprio e que, segundo a licão de PONTES DE MIRANDA, "a expedição de certidões (...) de modo nenhum pode depender de apreciação da espécie pela repartição que as há de passar: seria permitir-se à autoridade administrativa arbitno, ou, pelo menos, pré-exame do direito do requerente". (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969, tomo V, p. 655). Se há ou não a alegada "discrepância" é fato que refoge ao exame da autoridade administrativa na verificação do direito à certidão e, como tal, não se pode constituir óbice à sua expedição.

6. De outra parte, no que tange ao sigilo, e sem comprometimento com a afirmação do Parecer n.º 5.416 de que ele não ocorre quando se trate de interesse individual, não há como se possa tê-lo por configurado na espécie.

E isto porque o laudo ou laudos de que se pede a certificação são relativos ao próprio requerente e o dever de sigilo que se impõe ao médico refere-se apenas à divulgação dos fatos a terceiro e não, é óbvio, ao próprio paciente. Ao contrário, em relação a esse, há, sim, dever de informação, só ressalvado na hipótese de que a comunicação "possa provocar danos". É o que estabelece, com efeito, o Código Brasileiro de Deotologia Médica aprovado pela Resolução nº 1.154, de 13 de abril de 1984 do Conselho Federal de Medicina quando veda ao médico, em seu artigo 25,

"Deixar de informar o paciente, sua família çou responsável do diagnóstico, terapêutica, prognóstico e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação possa provocar danos ao paciente".

A ressalva final, é óbvio, não resulta de dever de sigilo, mas da obrigação de zelar pela saúde do paciente, inserta, entre outras passagens, no Princípio II do mesmo Código.

7. Desta forma, configurados os requisitos, e inocorrente dever de sigilo que lhe obste a expedição, as certidões e/ou fotócopias autenticadas parecem-nos devam ser fornecidas.

Isto posto, entendemos deva ser acolhido o recurso para, satisfeitas as obrigações tributárias delas derivadas, deferirem-se as fotocópias autenticadas ou certidões pleiteadas.

É o parecer, S. M. J.

PORTO ALEGRE, 09 de janeiro de 1987.

ASSUNTOS MUNICIPAIS

ANTECIPAÇÃO DAS COMEMORAÇÕES DOS FERIADOS

MARIA IZABEL DE ARAÚJO R. FONYAT Procurador do Estado do Río Grande do Sul

PARECER Nº 6.801

Feriados. Antecipação.

A antecipação de comemoração de feriados abrange os civis e religiosos, incidindo em relação aos Municípios o disposto na Lei federal nº 7.320/85.

O PREFEITO MUNICIPAL DE CHARQUEADAS solicita um parecer desta Procuradoria-Geral do Estado quanto à adaptação do Município à Lei federal nº 7.320, de 11 de junho de 1985, que dispõe sobre antecipação de comemoração de feriados e dá outras providências.

É a consulta.

As disposições relativas a feriados se acham inseridas na legislação federal, ressalvando-se a competência municipal para declarar os feriados religiosos.

No entanto, limita-se dita declaração de feriados municipais em número previamente fixado pelo legislador federal.

Verifica-se que a declaração dos feriados civis dá-se por lei federal na medida em que a matéria encontra-se intimamente ligada ao Direito do Trabalho, que é de competência da União legislar (artigo 8.º, item XVII, letra "b").

Demonstra dita constatação a Lei federal n.º 605, de 5 de janeiro de 1949, que ao dispor sobre o repouso remunerado legislou a respeito do pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos e, especificamente, ao dizer que feriados civis são os declarados em lei federal.

Dispõe o artigo 11 da referida lei, com a redação que lhe deu o Decreto-lei nº

86, de 27 de dezembro de 1966:

"Artigo 11. São feriados civis os declarados em lei federal. São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-feira da Paixão."

Mais recentemente, a Lei federal nº 7.320, de 11 de junho de 1985, veio dispor sobre antecipação de comemoração de feriados, dando outras providências.

Conforme o artigo 1º desta lei federal:

"Artigo 1.º. Serão comemorados por antecipação, nas segundasfeiras, os feriados que caírem nos demais dias da semana, com exceção dos que ocorrerem nos sábados e domingos e dos dias 1.º de janeiro (Confraternização Universal), 7 de setembro (Independência), 25 de dezembro (Natal) e Sexta-feita Santa."

Dito diploma legal foi regulamentado pelo Decreto federal nº 91.604, de 2 de

setembro de 1985.

As normas atinentes à antecipação da comemoração de feriados incidem, necessariamente, quer para os civis, quer para os religiosos, não estabelecendo o legislador diferenciação de tratamento quanto a estes últimos, embora se tenha presente que, por força da própria lei federal, de início citada, seja da alçada municipal a declaração dos feriados religiosos municipais, em número fixado em lei federal.

Corrobora dita interpretação a própria redação do artigo 4º do Decreto federal nº 91,606/85, quando menciona expressamente para a hipótese ali contemplada a antecipação de feriados civis e religiosos.

Lê-se:

96

"Artigo 4.º. Salvo disposições em contrário, os prazos em geral, que se vencerem nos dias de comemoração antecipada de feriados civis e religiosos, ficam prorrogados para o 1.º (primeiro) dia útil subseaüente." (sublinhei)

Distinção, pois, merece ser feita quanto à competência municipal para declarar feriados religiosos, a qual foi deferida por lei federal aos Municípios, da disposição especial concernente à antecipação de feriados, aí abrangidos civis e religiosos, cuja incidência se dá, por igual, em nível municipal.

Desta forma, em resposta ao questionado, não se trata propriamente de uma adaptação do Município à Lei n.º 7.320(85, mas de uma obediência ao mandamento federal, o qual incide em relação aos Municípios, quanto à matéria de que trata, ou seja, antecipação de comemoração de feriados.

É o parecer S.M.J.

PORTO ALEGRE, 28 de julho de 1986.

PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS. RESPONSABILIDADE DAS PREFEITURAS

NILO VARGAS Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 6.802

DIREITO AUTORAL.

Considerando uma precisa situação de fato, Prefeitura Municipal pode ser considerada 'empresário', para os efeitos previstos no artigo 73, § 2º, da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de

Mesmo afastada a caracterização prevista em lei, a Prefeitura Municipal responde solidariamente pela violação ao direito autoral se for proprietária ou arrendatária do local onde se realizou o espetáculo público.

A PREFEITURA MUNICIPAL DE CAPÃO DA CANOA, através de sua Consultoria Jurídica, encaminha consulta relacionada com o fato de ter sido autuada pela fiscalização do Escritório Central da Arrecadação e Distribuição - ECAD, órgão encarregado de resguardar os "direitos relativos à execução pública, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais ou lítero-musicais e de fonogramas", a teor do disposto no artigo 115 da Lei federal nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

O fato que originou a autuação lavrada contra a Prefeitura Municipal de Capão da Canoa foi a realização de um espetáculo público no Ginásio de Esportes Otto Birlem - ao que se infere, um próprio de municipalidade - com a apresentação do cantor e compositor conhecido por "Wando". Nos termos da cópia do auto de infração anexado à consulta, a fiscalização do ECAD comprovou a "violação do direito autoral" regulado em lei, a partir do fato de não ter sido apresentado nenhum comprovante de autorização prévia das músicas executadas no mencionado "show" nem recibo de recolhimento do direito autoral correspondente, a favor do ECAD.

O Município mostra-se inconformado com a autuação lavrada pelo ECAD e indaga fundamentalmente o seguinte:

"Pode o Município ser considerado empresário, para os efeitos do artigo 73, § 2°, da Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973?"

É o relatório.

RPGE, Porto Alegre, 17(45): 97-100, 1987

A controvertida questão do direito autoral, no Brasil, foi resolvida, em seus aspectos fundamentais, pela edição da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Esse diploma legal constitui verdadeira consolidação da legislação esparsa que, até então, regulava as complexas relações jurídicas decorrentes do exercício dos

Vigiam, até o advento da Lei nº 5.988, as normas inseridas no Título II,

Capítulo VI — Da propriedade literária, científica e artística — do Código Civil Brasileiro (artigos 649 e seguintes) e as leis esparsas que, a cada momento, procuravam adaptar o direito legislado às novas realidades ditadas pela realização dos grandes espetáculos públicos e pela utilização da produção artística e literária no cinema, radiodifusão e televisão.

Dispõe o artigo 21 da Lei nº 5.988:

"Artigo 21 — O autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu."

Em artigo publicado na "Revista de Informação Legislativa — Brasília" nº 72 (out./dez. 1981), páginas 288/289, sob o título "O ECAD e o direito de execução pública", o Professor CARLOS ALBERTO BITTAR escreveu o seguinte, no que concerne aos direitos patrimoniais de autor:

"Os direitos patrimoniais decorrem da comunicação da obra ao público, que se perfaz de forma direta (sob a denominação geral de representação) ou indireta (sob a denominação geral de reprodução), por processos os mais variados, em função das diferentes expressões da arte humana e dos inúmeros aparatos técnicos existentes. De cada forma ou processo defluem, em razão de sua independência, direitos patrimoniais para o autor. Assim é que, para a composição musical, por exemplo, direitos decorrem, dentre outros, de sua gravação; de sua interpretação; de sua execução pública...."

E mais adiante:

"O direito de execução consiste, pois, no direito decorrente do contato da obra com o público, por meio de expressão sonora, ou seja, de manifestação tendente a impressionar o sentido auditivo (v. Pedro Vicente Bobbio)."

Em face desse direito — que coexiste com outros direitos patrimoniais, como, por exemplo, os de edição gráfica, de gravação, de inserção em filme — qualquer processo de execução pública faz gerar 'direitos pecuniários' (de remuneração) ao autor, dependendo sempre de sua anuência à respectiva efetivação.'' (grifos nossos)

Desde logo, duas observações podem ser feitas:

 a) a obra intelectual, desde que levada ao público, por força de representação ou reprodução, estabelece a favor de seu autor um direito patrimonial preciso, ou seja, a remuneração devida pela sua fruição;

b) a execução ou reprodução dessa obra deve ser autorizada, devendo "perfazer-se por escrito, pelo próprio titular do direito, ou por seu representante legal", segundo escreve o Professor Bitter no artigo a que se fez referência, e em consonância com o disposto no artigo 30 da Lei nº 5.986.

Essa autorização, como é óbvio, muito raramente é dada diretamente pelo autor da obra. Via de regra, ela é expedida pela associação de direito autoral a que estiver filiado o autor, em conformidade com a norma fixada pelo artigo 104 da Lei n.º 5.988. Essa disposição legal visa não só a proteger os direitos autorais, como também tornar possível a execução e reprodução das obras artísticas e científicas, eis que impossível aos titulares desses direitos controlá-los e fiscalizálos, no país e mais ainda no exterior.

Em razão, pois, da natureza da proteção legal, não há como confundir, no que respeita à obra musical, o seu autor com o intérprete que a executa em público. No caso de que se trata, é importante ter presente essa distinção porque o

autor da maioria das músicas executadas na apresentação pública patrocinada pela Prefeitura Municipal era também o cantor que as interpretava.

A consulta que estamos examinando versa sobre problema autoral. A autuação foi lavrada por infração ao direito autoral, sendo irrelevante a observação feita pela consulente no sentido de que a autorização deveria presumir-se, eis que intérprete e autor se confundiam na maioria das músicas executadas. O cantor, os músicos e demais pessoas que compunham a equipe do "show" estavam sendo remunerados contratualmente. Os direitos autorais não foram objeto do contrato em exame, daí porque não se pode falar em autorização presumida.

Resta examinar o auto de infração no que diz respeito à responsabilidade legal da Prefeitura Municipal de Capão da Canoa face ao disposto no § 2º do artigo 73 da lei sobre o direito autoral. O dispositivo em causa estabelece:

> Conselho Nacional de Direito Autoral, a favor do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, de que trata o artigo 115, do valor dos direitos autorais das obras programadas."

De outra parte, o caput do artigo 73 proíbe a execução de composição musical em espetáculo público sem a prévia autorização do autor. Diz:

"Artigo 73 — Sem autorização do autor não poderão ser transmitidos pelo rádio, serviço de alto-falantes, televisão ou outro meio análogo, representados ou executados em espetáculos públicos e audições públicas, que visem lucro direto ou indireto, drama, tragédia, comédia, composição musical, com letra ou sem ela, ou obra de caráter assemelhado."

Não foi esclarecido na consulta se o espetáculo patrocinado pela Prefeitura Municipal teve ou não fins lucrativos. Deve ser esclarecido, contudo, que essa circunstância não afeta a solução do problema. E isto porque, segundo entendimento uniforme da doutrina, o caráter lucrativo do empreendimento não o caracteriza ou descaracteriza para efeito de incidência do direito autoral.

Na lição do Professor ANTONIO CHAVES, considerado uma das maiores autoridades mundiais em direito autoral, em artigo publicado na Revista de Informação Legislativa — Brasília, nº 74 (abr/jun, página 288, 1982).

"Uma execução dá margem a direitos de autor mesmo quando tenha caráter gratuito, desde que se verifique em **local público**, porquanto é justamente a noção de local público que constitui, nessa matéria, o elemento relevante do ponto de vista jurídico.

Não entra, portanto, na análise do conceito do público o número das pessoas que assistam ao espetáculo, o local em que se encontram, ou a finalidade da reunião. Tanto é verdade que a execução musical efetuada numa lanchonete tem caráter público mesmo quando não assuma a importância de um verdadeiro entretenimento, como é pública a execução que se verifica na rua, numa igreja, num enterro."

Vê-se, por conseguinte, que o espetáculo realizado no Ginásio de Esportes

de Capão da Canoa está enquadrado entre os que, por definição legal, gera "direitos pecuniários" ao autor das composições musicais nela executadas.

A partir dessa conclusão, impõe-se, a nosso ver, uma outra, que dela decorre: a Prefeitura Municipal de Capão da Canoa, ao organizar o espetáculo noticia: do na consulta, assumiu, para todos os efeitos legais, a condição de empresário do evento. E isto porque, se não se considera o aspecto lucrativo do empreendimento, não se pode considerar também como empresário apenas a pessoa física ou jurídica que realiza espetáculos no desempenho de uma atividade que busca o lucro através da intermediação entre o artista e o público.

A firma com quem a Prefeitura de Capão da Canoa contratou a apresentacão do cantor Wando caracteriza-se apenas como agência de intermediação entre o artista e aquela que realiza, que empresa o espetáculo. No caso, a agência que aparece como contratada da Prefeitura Municipal é empresária do artista encarregado de apresentar-se no "show". Quem empresa o espetáculo é, sem nenhuma dúvida, a CONTRATANTE, isto é, a municipalidade de Capão da Canoa.

Todavia, mesmo que se admitisse o contrário, isto é, que o empresário fosse a firma CONTRATADA e não a CONTRATANTE, incidiria o artigo 128 da Lei nº 5.988, cuio teor é o sequinte:

> "Artigo 128 — Pela violação dos direitos autorais nas representacões ou execuções, nos locais ou estabelecimentos a que alude o § 1.º do artigo 73, seus proprietários, diretores, gerentes, empresários, e arrendatários respondem solidariamente com os organizadores dos espetáculos." (Grifamos)

Isso importa em dizer que, mesmo não sendo empresária ou organizadora do espetáculo, a Prefeitura Municipal de Capão da Canoa responderia solidariamente com quem o organizou e/ou realizou, dada a sua condição de proprietária ou arrendatária do Ginásio de Esportes Otto Birlem.

Por último, devemos salientar, à vista dos grifos e assinalações feitas na parte final do contrato cuja cópia acompanha a consulta, que a expressão "livre de qualquer despesa" não engloba o problema do direito autoral, aqui examinado; estando ligado apenas às despesas e gastos feitos pela parte contratada para a apresentação do "show" objeto do contrato. Tanto isto é certo que as despesas com a "segurança e portaria" ficaram a cargo da empresa contratada, cabendo à contratante — Prefeitura Municipal — as despesas com publicidade do "show".

EM CONCLUSÃO:

A vista dos elementos fáticos contidos na consulta, somados às disposições. legais aplicadas à situação em exame, somos de parecer que a Prefeitura Municipal de Capão da Canoa pode ser perfeitamente caracterizada como empresário (empresária) do "show" realizado no Ginásio de Esportes Otto Birlem no dia 15 de fevereiro de 1986, situação que implica o reconhecimento de que é responsável pelo pagamento dos direitos autorais a que faz referência o "Auto da Comprovação de Violação ao Direito Autoral" lavrado pelo ECAD naquela mesma data.

Entendemos, ainda, que mesmo não se admitindo a caracterização da Prefeitura Municipal de Capão da Canoa como empresário, para os efeitos do artigo 73 e seus parágrafos, da Lei nº 5.988/73, restaria a responsabilidade solidária a que faz referência expressa o artigo 128 desse diploma legal.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 28 de julho de 1986.

RENITA MARIA HÜLLEN Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 6.895

SERVIDORES MUNICIPAIS. REGIME JURÍDICO.

É inconstitucional a adoção do regime de direito privado (CLT) no âmbito público, ressalvadas exclusivamente as hipóteses de que trata o artigo 106 da Lei Maior.

CONCURSO PÚBLICO.

Ao cumprimento das normas constitucionais, impõe-se que a realização de concursos públicos tenha por objeto e finalidade a investidura em cargos públicos, sob o regime estatutário (Constituição, artigo 97 e § 1º).

As relações contratuais correspondentes às hipóteses do artigo 106 da Constituição enseiam também a precedência de competitório público, em atendimento ao princípio da isonomia (artigo 153, § 1°).

Inconstitucionalidade da Lei nº 684, de 15 de julho de 1986, do Município Roque Gonzales.

Esta Procuradoria de Assistência Jurídica aos Municípios, órgão integrante da Procuradoria-Geral do Estado, recebeu consulta do Vereador JOÃO KER-CHER, de Roque Gonzales, que deseja pronunciamento sobre a Lei n.º 684, de 15 de julho de 1986, do referido Município.

A lei em questão estabelece que "aplicar-se-á o regime da CLT — Consolidacão das Leis do Trabalho — a todos os ocupantes de cargos públicos municipais, inclusive os de provimento em comissão" (artigo 1.º).

Dispõe que se aplicará aos servidores o regime do FGTS — Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — e a inscrição no sistema previdenciário nacional (artigo 1°, parágrafo único).

Consta na lei que os servidores serão investidos em cargos integrantes dos quadros de pessoal permanente (sob o regime da CLT) e que o ingresso depende de concurso público (artigo 2°).

Veda essa lei municipal de forma peremptória, a nomeação de novos funcionários pelo regime jurídico estatutário (artigo 2º, parágrafo único).

No artigo 3º, a lei reza que "ficam ressalvados os direitos dos atuais funcionários efetivos e estáveis, os quais poderão optar, dentro de 90 dias, pelo regime da CLT".

RPGE, Porto Alegre, 17(45): 101-108, 1987

É encarecida urgência quanto ao parecer desta Casa, pelo fato de haver

pressão sobre os funcionários, no sentido de obrigá-los a assinarem declaração expressando seu consentimento para mudança de seu regime jurídico, sob a cominação de serem excluídos da folha de pagamento.

É o relatório.

2. A organização da estrutura administrativa dos Municípios e o regime jurídico de seus servidores não podem destoar do sistema constitucional da República Brasileira, sob pena de poderem ser inpugnados judicialmente leis e atos do poder público, por mácula de inconstitucionalidade.

É manifestamente inconstitucional a Lei nº 684, de 15 de julho de 1986, do Muricípio de Roque Gonzales. Chegou-se, por meio dela, à culminância absurda de estabelecer total oposição aos mandamentos constitucionais, mediante proibição expressa de nomeação de novos funcionários pelo regime estatutário. É inteiramente inconstitucional o conteúdo dessa lei, conforme a seguir será demonstrado.

As questões que exsurgem, a partir do exposto na consulta, requerem que se tenha em conta as noções fundamentais do direito público.

A compreensão de certos pontos básicos do díreito público (constitucional e administrativo) é indispensável para nortear a ação do governo municipal (assim como da União e dos Estados). Para fornecer orientação geral aos Municípios, alguns desses pontos foram por mim explicitados minudentemente em parecer recente (em tramitação nesta Casa), mediante a invocação dos doutrinadores e juristas mais renomados, dedicados ao direito constitucional e administrativo e voltados em especial ao estudo do sistema jurídico do nosso país.

Passo a reproduzir, de forma abreviada, as colocações feitas nesse trabalho anterior, com vistas à demonstração da inconstitucionalidade da lei em exame.

3. É de se ter em conta, em primeiro lugar, que, mediante o princípio da legalidade, é condicionada a atuação dos órgãos e agentes públicos, sendo, desse modo, afirmada, no Estado de Direito, a limitação do poder e a supremacia da lei. Na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. Em todo e qualquer ato do agente público há sempre vinculação a normas jurídicas, iniciando pelas constitucionais. Mesmo quando há discricionariedade da autoridade pública, esta só existe nos termos deferidos pela norma (conforme RUY CIRNE LIMA, Princípios de Direito Administrativo, ed. 1964, pág. 20; JOSÉ AFONSO DA SILVA, Direito Constitucional Positivo, ed. 1984, pág. 12, 565 e 573; HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, 1977, pág. 67; e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Elementos de Direito Administrativo, pág. 214 e segs.).

4. Em princípio, todas as relações juridicas de trabalho da administração pública centralizada e autárquica devem ser obrigatoriamente submetidas ao regime de direito público — regime institucional, usualmente denominado de regime estatutário — pertinente ao funcionário público em sentido estrito, isto é, o ocupante de cargo público (Constituição Federal, artigos 97 a 109).

Denomina-se, pois, regime institucional ou estatutário, ou estatuto, o regime de direito público, segurido o qual as normas legais representam a vontade do poder público e regem a relação entre o servidor (funcionário) e aquele. Esse regime possibilita, sem que o funcionário possa se opor (salvo direito adquirido ou inconstitucionalidade), que a lei altere regras por necessidade do serviço, estabeleça unilateralmente a situação dos funcionários e a modifique para melhor adaptá-la às necessidades de interesse geral.

Como exceção, para a administração centralizada e autárquica, a Constituição Federal desobriga do regime estatutário só quanto às admissões para serviços de caráter temporário e contratações para funções de natureza técnica especializada, para as quais pode ser editado regime administrativo especial (artigo 106), pelo governo da União, dos Estados e dos Municípios, respectivamente, no âmbito de cada qual. Na inexistência desse regime especial previsto, tais hipóteses podem recair sob o regime do direito do trabalho (CLT).

Conforme as palavras de PONTES DE MIRANDA, "o artigo 106 apenas explicita o que resulta da diferença — cientificamente assente — entre funcionário público e empregados do Estado, meros trabalhadores *stricto sensu*. A função desses é exercida como serviço, e não como função pública (cf. Tratado de Direito Privado, Tomo XLVII, § 5.075, 3)" (Comentários à Constituição de 1967, com a Emerida n.º 1, de 1969, Tomo III, pág. 542).

No sentido do acima exposto, quanto ao regime jurídico dos servidores públicos, é a doutrina dos seguintes autores: HELY LOPES MEIRELLES, obra citada; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos; JOSÉ AFONSO DA SILVA, obra citada: CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de Direito Constitucional, 1980, pág. 203; ADILSON DE ABREU DALLARI, Regime Constitucional dos Servidores Públicos; ARION SAYÃO ROMITA, Servidores Públicos Temporários ou Contratados para Funções Técnicas Especializadas, 1975; JOAOUIM CASTRO AGUIAR, Regime Jurídico dos Funcionários Municipais, 1977; e CAIO TÁCITO, Direito Administrativo, Ed. Saraíva, 1975.

- 5. A relação jurídica que liga o funcionário público ao Estado (poder público em geral) corresponde a uma situação legal, objetivamente posta pelo direito positivo inclusive como conteudo de norma constitucional. Classifica-se como instituição de direito público essa situação legal prevista na Constituição. É insuscetível de ser criada mediante contrato e não tem correspondência com qualquer figura do direito privado. Funcionário é o ocupante de cargo público. O Estado (país) é um sistema de instituições de direito público, subordinadas a uma instituição fundamental que é o próprio Estado como finalidade. Esse sistema repele o direito privado e a ele se opõe. Não se pode conceber, sem cair na censura do direito, a substituição de instituições de direito público por figuras do direito privado, salvo o que é autorizado pela Constituição do país. (Sobre a natureza jurídica da relação de funcionário público é inexcedível a lição de PONTES DE MI-RANDA, na obra citada, Tomo III, 1973, pág. 418 e segs.).
- 6. De acordo com os ensinamentos supra, cargo público integra, na categoria de instituição legal (de caráter abstrato), o conceito de funcionário público. Os cargos públicos compõem a estrutura hierárquica da organização pública. Correspondem a uma instituição de direito público.

É inteiramente absurda a pretensa criação de cargos públicos sob o regime da CLT, na forma da lei municipal em exame. Tratando-se de cargo público, é a ele inerente o regime de direito público. A lei que diz o contrário contém em si uma contradição jurídica, que anula o dispositivo. Isso deflui das normas constitucionais.

Pela lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "pode-se definir os cargos como as mais simples e indivisíveis unidades abstratas criadas por lei, com denominação própria e número certo, que sintetizam um centro de competências públicas da alçada da organização central a serem exercidas por um agente" (A-

pontamentos, pág. 17). Essa é uma definição técnica de cargo público. Na expressão "competências públicas" está insito o regime de direito público.

O cargo público e a relação de funcionário público em sentido estrito (o-7. cupante de cargo público) consubstanciam a juridicização de uma concepcão política, nos termos postos na Constituição Federal, a qual se desenvolveu ao longo dos tempos, de forma lenta e gradual, em substituição a um sistema autoritário e centralizado. Liga-se à concepção democrática de Estado. Essa concepção consagrada na nossa Constituição possui conotação de relativa independência, estabelecida no interesse geral do serviço público, pressupondo o princípio técnico da hierarquia. O cargo público é revestido de um sistema de proibições, direitos e garantias constitucionais, em relação ao funcionário público. Dessa forma, é delimitado o poder da autoridade administrativa, no interesse da eficiência e legitimidade da atuação dos agentes em geral do poder público. A legislação ordinária deve necessariamente absorver esse conteúdo predeterminado pela Constituição (Sobre esse aspecto escreve ANDRÉ DE LAUBADERE, em "Manuel de Droit Administratif", 10°, edição, 1976, LGDJ, Paris, pág. 280 e segs.).

Nesse sentido é que se há de entender o que seja cargo público, mencionado, entre outros dispositivos da Constituição da República em vigor, nos seguintes: artigo 97 e §§ 1.º e 2.º, artigo 98, artigo 99, caput, incisos I a IV e §§ 2.º e 4.º, parágrafo único do artigo 100, parágrafos 1.º, 2.º, 3.º e 5.º do artigo 104, parágrafo único do art. 105, parágrafos 1.º, 2.º e 4.º do artigo 108 e inciso II do artigo 109.

8. A Constituição Federal separa nitidamente cargo público (cuja ocupação, através de investidura regular, configura a relação jurídica de funcionário público) de outras situações legais admitidas em caráter excepcional na organização pública, em conformidade com as normas constitucionais.

No âmbito público, as exceções que afastam a obrigatoriedade de investidura em cargo público correspondem exclusivamente ao previsto no artigo 106 da Lei Magna.

As empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 170 e § 2º, são constituídas e organizadas segundo normas de direito privado, sendo o seu pessoal regido pela CLT. Tudo isso consta de expressa permissão constitucional.

9. Dentre as garantias constitucionais do funcionário público destacam-se a efetividade e a estabilidade. A terminologia efetivo ou efetividade tem um significado próprio no direito público (constitucional e administrativo), distinto e inconfundível em face da linguagem das normas do direito privado (direito do trabalho). Somente o funcionário investido em cargo público de provimento efetivo pode gozar da garantia da estabilidade nos termos das normas constitucionais (artigo 100 e artigo 105, inciso II, e parágrafo único).

Não é permitido aos governos frustrar as garantias constitucionais, estabelecidas em vista da supremacia do interesse público sobre o privado e para assegurar a participação dos cidadãos em geral na atividade pública, como forma de democracia.

A estabilidade prevista na CLT tem efeitos diferentes, que são exclusivamente os previstos no direito do trabalho, para as relações de emprego por ele regidas, que recaiam sob o regime dessa estabilidade (CLT, art. 492).

Na lei municipal em apreciação, nem mesmo a estabilidade sob o regime da CLT é admitida, prevendo ela a imposição do regime da FGTS.

Adiante afirma esse jurista que cabe dar-se ao texto do artigo 97, § 1º, da Constituição Federal, interpretação restrita, para que fique em harmonia com os princípios fundamentais que regem a matéria: garantia de acessibilidade e aferição do mérito mediante a aprovação prévia em concurso público.

Consoante o entendimento de forte corrente doutrinária, acolhido em decisões judiciais, a dispensa de concurso para o ingresso no serviço público depende de lei federal de iniciativa exclusiva do Presidente da República, de acordo com o previsto no artigo 109, incisos II e III, da Constituição Federal, que pode estabelecer critérios gerais a respeito (ADILSON DE ABREU DALLARI, obra citada, página 27 e segs. CELSO RIBEIRO BASTOS, obra citada, pág. 195; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Apontamentos..., pág. 45/46; e HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, pág., 401/402).

A dispensa de concurso público referida na Constituição deve restringir-se a casos específicos, relativamente aos quais seria ele inadequado em razão da natureza de determinada função correspondente a cargo público (conforme ALIOMAR BALEEIRO, RTJ 67/325).

Parece ser procedente a opinião de intérpretes no sentido de que a ressalva do § 1º do artigo 97 da Constituição teria em vista cargos tais, como de membros de determinados órgãos do Poder Judiciário e de membros dos Tribunais de Contas, cargos esses cuja forma de provimento comporta disciplina complementar de lei ordinária, embora condicionada a critérios contidos na Lei Fundamental, os quais ensejariam a dispensa de concurso público.

11. É de ser ressaltado que não é suficiente a adoção da forma de concurso público, para cumprimento dos mandamentos constitucionais. É preciso que haja cargos públicos revestidos das garantias constitucionais previstas, as quais se inserem no regime jurídico público e devem necessariamente compor a base de todo o regime estatutário, obrigatório, como regra geral, no âmbito público

Nesse passo, é de ressaltar-se que a lei municipal em causa, ao estabelecer a exigência de concurso público, pode enganar incautos, mediante o mascaramento de que se reveste.

Ao referir a lei no seu artigo 2º, que os servidores de que trata serão investidos em cargos integrantes dos quadros de pessoal permanente, com a correspondente remuneração, obedecidas as regras constitucionais disciplinadoras do ingresso, inclusive concurso público, pode-se pensar que essa disposição é legítima, se não se considerar o contexto do diploma em questão. Uma vez que a lei estabelece o regime CLT para os ocupantes de cargos públicos, o que é inteiramente impossível em face do sistema constitucional, todas as restantes disposições nela contidas estão prejudicadas, porque derivam de pressuposto inconstitucional.

Já a disposição do parágrafo único do artigo 2°, rezando que é vedada a nomeação de novos funcionários pelo regime jurídico estatutário não é tão sutil, evidenciando a agressão frontal à Constituição.

Fora das hipóteses do artigo 106 da Lei Magna, o critério constitucional que obriga ou desobriga da aplicação do regime estatutário é o da forma da organização para a prestação do serviço. Na organização segundo o direito público, tem-se o regime estatutário, salvo o previsto no artigo 106. Na organização sob o regime de direito privado, tem-se o regime da CLT.

O dito acima vale para as atribuições a cargo do Poder Executivo, pois que a organização dos quadros dos servidores do Legislativo e do Judiciário deve subordinar-se obrigatória e exclusivamente ao regime estatutário (Constituição,

artigo 108, § 2º).

Para o efeito de determinar o regime jurídico aplicável aos servidores no âmbito do Poder Executivo, não autoriza a Constituição que se distinga entre "atividades inerentes ao Estado como Poder Público, sem correspondência no setor privado" e as demais por ele assumidas ou a ele inerentes, como faz a Lei federal nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974, para o fim de reservar os cargos públicos e o regime estatutário só para aquelas primeiras e adotar o regime da CLT para as demais atividades a cargo do Executivo.

A clivagem feita através da lei ordinária segundo esse critério, para o fim de restringir a criação de cargos públicos e a aplicação do regime estatutário a um mínimo de casos, é inconstitucional. Fere de forma obliqua o principio da acessi-

bilidade aos cargos públicos.

A Lei federal nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974, inaugurou essa divisão, a qual passou a ser copiada por organizações estaduais e municipais, através de leis locais. A inoperância do sistema estabelecido para controle da constitucionalidade de leis e atos do poder público resultou na expansão dos efeitos deletérios da referida produção legislativa ordinária, como também de muitos outros efeitos em sentido oposto aos visados pela Constituição. Em razão disso, acontecem aberrações como a lei municipal em exame.

A forma de organização - (de um lado, a organização centralizada e autárquica, sob o regime de direito público e, de outro lado, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e fundações, organizadas sob o regime de direito privado) -- corresponde a determinados tipos de atividade pública ou governamental e depende da necessidade ou não de descentralização, em função do volume de trabalho. Podem ser descentralizados inclusive alguns serviços privativos do Estado, desde que, em vista de sua natureza, sua execução seja delegável.

É de ser dito que as fundações sob o regime de direito público constituem tecnicamente autarquias (conforme CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, 1973, pág. 147; e SÉR-GIO DE ANDRÉA FERREIRA, As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo

Poder Público, 1973, pág. 11).

Aos serviços privativos do Estado como poder público corresponde geralmente a organização centralizada, isto é, são executados diretamente pelas entidades públicas (União, Estados e Municípios), ou pessoas jurídicas administrativas criadas, mediante lei, sob o regime de direito público (autarquias). Ressalvase aqueles servicos cuja execução pode ser delegada a entidades regidas pelo direito privado. No regime de direito público está contido o estatutário, referente aos funcionários.

Os serviços que se pode dizer não privativos do Estado como poder público devem ser desempenhados de forma centralizada ou descentralizada, dependendo da necessidade ou conveniência administrativa.

Tem-se, pois, que a execução dos serviços públicos de forma centralizada requer, em princípio, o regime estatutário, salvo apenas as hipóteses do artigo 106 da Lei Magna.

O regime estatutário (compreendido no direito público) é também o regime aplicável às autarquias, ressalvadas as dedicadas a certas atividades, como as atinentes à disciplina profissional, reguladas em lei e dirigidas por integrantes das respectivas categorias profissionais (v.g. Ordens ou Conselhos) (a respeito esclarece PONTES DE MIRANDA, em "Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969", tomo III, pág. 420). Este tipo de autarquia fica submetido ao regime da CLT, no que respeita aos seus servidores.

As distorções praticadas num simulação de legitimidade, devido a leis ordinárias do tipo da Lei federal n.º 6.185, de 11 de dezembro de 1974, chegaram a tal ponto que é vista com espanto qualquer atuação no sentido de impugnar leis ou atos desconformes com o regime constitucional dos servidores públicos.

Não basta a forma de concurso público para que se cumpra o estatuido pela Constituição Federal. Consoante a acepção constitucional do concurso público, o seu objeto é a produção de efeitos jurídicos determinados. Constitui a forma de proporcionar igual oportunidade de acesso aos cargos públicos (no seu sentido verdadeiro), a todos que satisfaçam os requisitos postos através de lei ordinária, acordes com a Lei Magna.

Mediante a realização de cada concurso público, na acepção constitucional. é visado um efeito específico, isto é, a classificação de candidatos à nomeação para uma espécie determinada de cargo público de provimento efetivo, com a configuração que lhe dá a Constituição. A investidura em cargo público sob o regime público (estatutário) é a única forma de criar a relação de funcionário público, que é obrigatória para o serviço público executado de forma centralizada por órgãos públicos. O regime jurídico correspondente deve ser necessariamente o estatutário.

Para as relações de trabalho do serviço público não sujeitas ao regime estatutário (art. 106 da Constituição), assim como para as atinentes às entidades governamentais da administração indireta e fundações regidas pelo direito privado, é aplicável, no que couber, o princípio da acessibilidade, podendo ser adotado o mesmo rito e os mesmos critérios seletivos, devidamente adaptados a empregos, não importando que o nome atribuído ao competitório seja concurso público ou outro distinto. O que importa essencialmente é que se cumpra o princípio geral da isonomia (Constituição, art. 153, § 1º).

Sublinha-se, no entanto, que haverá transgressão à Constituição Federal, se, para as hipóteses em que ela exige a relação de funcionário público (que é a regra geral), forem admitidos servidores regidos pela CLT. O regime estatutário é obrigatório para as relações jurídicas estabelecidas para a execução dos serviços de caráter permanente da administração centralizada e autárquica.

Nessas circunstâncias, o concurso mediante o qual é ofertada ao público uma relação contratual a ser formada, sob o regime da CLT, constitui procedimento fraudulento. Esse tipo de recrutamento não atrai os mesmos nem tão numerosos interessados quanto à disputa de cargos públicos, justamente em razão da qualidade do objeto ofertado que é destituído das garantias constitucionais postas para assegurar uma posição de certa independência para o funcionário, que possibilita sua profissionalização no serviço público.

Essa reflexão é suficiente para notar-se o prejuízo aos cidadãos, face ao princípio da acessibilidade aos cargos públicos, quando estes são subtraídos, nu-

RPGE, Porto Alegre, 17(45): 101-108, 1987

ma contrafacção às regras constitucionais. Na verdade, há supressão do elemento essencial, quando é abstraído o cargo público. O mesmo se dá quando é travestida a imagem do cargo público, como o faz a lei municipal objeto de exame, num grosseiro arremedo, mascarando sua supressão.

18. A Lei municipal nº 684, de 15 de julho de 1986, de Roque Gonzales, viola a Constituição. Prejudica o princípio da acessibilidade no que ele tem de essencial. Esse princípio é impostergável e indisponível para os governantes, por ter sido estabelecido pelo poder constituinte (que se entende emanado do povo), como forma e com a finalidade do exercício da democracia.

Contém essa lei a mais grave violação da Constituição, que é a infringência

de princípios básicos.

Conforme as palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustém e alui-se toda a estrutura neles esforçada" (Elementos de Direito Administrativo, 1980, pág. 250).

19. A Lei nº 684/86, do Município de Roque Gonzales, transgrediu o sistema constitucional, fazendo-lhe frontal oposição. Não havendo o cumprimento das exigências fundamentais do sistema constitucional instituído — relações jurídicas de funcionário público, mediante a investidura em cargos públicos e aplicação do regime institucional (estatutário) — nenhum valor têm perante a Constituição o rito e critérios seletivos do concurso público. Todo o simulacro de legitimidade inserido no texto da lei municipal em causa configura inconstitucionalidade incontornável.

Abstraída essa questão, é de referir-se ainda que a forma de pressão exercida sobre os funcionários para forçá-los a aderir ao regime da CLT é ilegítima e constituí desrespeito a direitos adquiridos, defensáveis mediante mandado de segurança (Constituição, artigo 153, § 21).

Sempre que se trate de opção, há de entender-se que a manifestação se exercerá livremente, por ser este o significado da palavra (livre escolha por parte do funcionário do que entenda ser-lhe mais conveniente).

O direito dos funcionários de permanecerem no regime estatutário independe de manifestação dos mesmos.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 07 de outubro de 1986.

TRABALHOS FORENSES

PENHORA DE BEM DE DOMÍNIO PÚBLICO ESTADUAL

LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE AZEVEDO Procurador do Estado do Rio Grande do Sul Professor titular de Introdução ao Estudo do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

EMBARGOS DE TERCEIRO. Penhora, a requerimento do IAPAS, de prédio de educandário, pertencente ao domínio público estadual. Inadmissibilidade. Prescrição qüinqüenal de crédito previdenciário, de natureza social (FGTS). Procedência dos embargos.

Exm.º Sr. Dr. Juiz de Direito. Tapera.

EMBARGOS DE TERCEIRO

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, por seu Procurador, que recebe intimações na Caixa Postal 145, em Passo Fundo, sede da 4ª Procuradoria Regional da Procuradoria-Geral do Estado, vem propor EMBARGOS DE TERCEIRO contra o INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIBA DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL — IAPAS, autarquia federal com sede em Brasília e Procuradoria Regional em Porto Alegre, neste Estado, à Rua Jerônimo Coelho, 127, 17º andar — o que faz pelos fundamentos de fato e de direito que a seguir expõe:

OS FATOS

Na execução fiscal nº 3.375/049, promovida pelo embargado contra a SOCIEDADE CULTURAL TAPERENSE foram penhorados os bens assim descritos no respectivo auto de penhora, datado de 14 de junho de 1984 (docs. 1 e 2):

"UMA PARTE DE TERRAS, com área de 7.550m², situada nos arrabaldes desta cidade, com prédio de alvenaria, coberto por telhas de amianto, com área total construída de 619,85m², havida por compra feita a José Batistella e sua mulher Catarina Batistella, conforme Escritura Pública de Compra e Venda, registrada no Cartório de Registro de Imóveis de Tapera, sob n.º 1.537, à fls. 195, do livro de Transcrição das Transmissões n.º 3-A."

Penhorados, foram ditos bens depositados em poder do Sr. Irineu Orth, Prefeito Municipal de Tapera.

 Subsequentemente, na execução fiscal nº 3.384/158, promovida pelo IAPAS contra a mesma devedora, foram novamente penhorados ditos bens (terra e construções) (docs. 3 e 4). O depositário compromissado é também o Sr. Irineu Orth, Prefeito Municipal. O aludido imóvel encontra-se na posse do Estado desde 24 de abril de 1972 e já integra o seu domínio, como se verá.

Essa posse decorre, primeiro, de um comodato celebrado entre a antiga Sociedade Cultural Taperense de Tapera, naquela data. E, depois, foi consolidada quando os ditos bens, juntamente com outros, de natureza móvel, foram cedidos ao Estado, através da Secretaria de Educação e Cultura, em 2 de agosto de 1974, pela Prefeitura Municipal de Tapera.

4. Em virtude desse "termo de cedência" o Estado tomou posse do imóvel, com ânimo de dono, e nele veio a construir o chamado bloco "C", edificação de alvenaria com a área de 831,30,m², destinado ao funcionamento da Escola Estadual de 2.º Grau Dionísio Lothario Chassot, que ali mantém com vistas à educação e aprimoramento cultural da juventude taperense.

5. Ressalve-se que a escritura de doação ao Estado nunca foi feita devido exatamente à pendência dos débitos previdenciários em questão, que, no art. 3º e par. único da Lei municipal nº 494, de 23 de junho de 1973, ficou estabelecido ficariam na responsabilidade do Municipio de Tapera.

O DIREITO

ABANDONO DA PROPRIEDADE. AQUISIÇÃO PELO ESTADO.

6. Teria o Estado sobre o imóvel penhorado o direito que decorre do art. 589, III, e § 2º, do Código Civil, que é de propriedade, dependente porém de uma sentença judicial. Sem arrecadação formal embora, houve o **abandono** desse imóvel pela proprietária titular do domínio nominada no albo imobiliário. E dele tomou posse, em nome próprio, o Estado, no mínimo a partir da pré-falada **cedência** de 2 de agosto de 1974. Alí já tinha instalado o seu estabelecimento de ensino de 2º grau, criado pelo Decreto nº 23.190 de 10 de julho de 1974; e da ata nº 65, da Sociedade Cultural Taperense, de 18 de junho de 1973, já constava a decisão unânime de *doação*, *ao Estado*, *do patrimônio da Sociedade Cultural Taperense*.

Com efeito. Já decorreram os dez anos do abandono. Arrecadado, passará ao domínio do Estado, que já o detém, porquanto tal domínio, como será demonstrado, independe de ato formal para aperfeiçoar-se. A sentença judicial prevista no art. 589, § 2º, do Código Civil, seria um plus, com vistas unicamente à formação de título para registro no albo imobiliário.

PENHORA DE CONSTRUÇÃO DO ESTADO

 De outra parte, tem o Estado construído no terreno penhorado o chamado bloco "C", de alvenaria, com a área de 831,30m², de sua propriedade, construído de boa-fé, que integra o domínio público estadual.

Conquanto não mencionem os autos de penhora esse bloco "C", é certo estar ele integrado nas penhoras, dadas a sua inseparabilidade do solo e o caráter acessório que tem a construção (C. Civil, art. 61, III). Não havendo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal.

INALIENABILIDADE E IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL E DOS DI-REITOS REAIS RESPECTIVOS, POR SEREM BENS PÚBLICOS

8. Soa o art. 66, II, do Código Civil que os bens públicos são (...) os de uso especial, tais como os edifícios e terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal". Sua inalienabilidade e conseqüente impenhorabilidade são consagradas no art. 67 do mesmo estatuto cívil.

9. No caso, se não tem ainda título de propriedade sobre tal îmóvel, é certo ser o Estado titular de **direitos reais** sobre o mesmo (C. Civil, art. 44, I). Tais direitos reais decorrem-lhe especificamente do disposto no art. 589, III e § 2° e do art. 516, do Código Civil e consistem esses direitos em bens públicos dominicais, a teor do art. 66, III, do Código Civil, estes também inalienáveis e impenhoráveis. Acentue-se, no particular, a lição de MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES ("Os Fatos Naturais no Direito Administrativo", in Revista da Consultoria-Geral do Estado 23/53):

"Nesse passo, sería interessante frisar que a afetação de um bem a uma das formas de utilização coletiva, com a sua conseqüente inclusão no elenco dos bens públicos, pode operar-se por fato, sem a exigência de ato administrativo próprio. Sobre tal possibilidade adverte Laubadère, para quem a "afetação é o ato ou fato pelo qual se dá ao bem seu destino particular".

No mesmo sentido, Moreira Neto, que define a afetação como 'a destinação fáctica ou jurídica de um bem a uma utilização coletiva'. A contrario sensu, vê a desafetação como 'a redução ou extinção, fáctica ou jurídica, da utilização coletiva de um determinado bem público'.

E, continua:

'Afetação ao domínio público por fato jurígeno ocorrerá, por hipótese, com a construção de uma obra pública em terreno particular; observe-se que neste caso, porque a afetação não se deu através de uma desapropriação regular — que seria uma afetação por ato jurídico —, há uma ilicitude que se resolve em perdas e danos'.

Pontualize-se, no exemplo em apreço, que a construção em terreno alheio, espécie do gênero acessão, não se submete, quando se trata de obra pública, ao preceito do art. 547 do Código Civil, cuja incidência fica afastada. A prevalência do interesse público exige solução diversa, uma vez que a aplicação da regra aludida importaria na perda da construção em benefício do proprietário do terreno. Casos desta natureza têm sido, impropriamente, chamados de desapropriação indireta. Todavia, esta somente se verifica quando, em curso o procedimento expropriatório, a Administração toma posse do bem sem o cumprimento de todas as formalidades legais. Nas demais hipóteses o que há é esbulho, caracterizando fato juridico ilícito, que enseja a pretensão reparatória do prejudicado, a ser deduzido em ação ordinária de indenização por perdas e danos."

Com efeito. Se a afetação do imóvel ao domínio público operou-se sem a observância das solenidades de direito privado, é certo que o **fato** de ele ser utilizado em serviço público determinou por si só tal afetação. Recorde-se, como no excerto citado a hipótese da chamada "desapropriação indireta", em que basta o

fato da ocupação para fazer um imóvel integrante do domínio público. Não incidissem as regras antes citadas, o só fato da ocupação do imóvel pelo Estado e a sua utilização no serviço público basta para incluí-lo na categoria de bem público e torná-lo impenhorável e inalienável, a teor do art. 67 do Código Civil.

CABIMENTO DA AÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO

10. A penhora, avaliação e posterior venda em hasta pública de tal imóvel, com as construções que nele se contém, importa em turbação ou esbulho na posse de bem do Estado, contemplados na categoria de **bens** os direitos que o Estado titula sobre o imóvel em causa, já demonstrados. Sua **posse** não se exerce unicamente sobre o imóvel. Exerce-se sobre os direitos reais respectívos, incorporados à pessoa jurídica do Estado do Rio Grande do Sul e, portanto, bens públicos, segundo já foi exposto.

Não defende o Estado apenas a sua posse sobre tais bens (CPC, art. 1.046, caput). Defende bens que, pela qualidade em que os possui (direitos reais e bens integrados no domínio público) não podem ser atingidos pela

apreensão judicial (CPC, art. 1.046, § 2°).

PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL DOS CRÉDITOS PREVIDENCIÁRIOS EM EXECUÇÃO

- 12. Objetivam as execuções em tela, ambas iniciadas no ano de 1984, a cobrança de importâncias devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço correspondentes aos meses de janeiro de 1967 a julho de 1972 (execução nº 3.375/049, doc. 6) e dezembro de 1972 a setembro de 1973 (execução nº 3.484/158, doc. 7).
- 13. É vitoriosa no seio do Tribunal Federal de Recursos a jurisprudência no sentido de que, até o advento do § 9º do art. 2º da Lei nº 6.830/80, prescreve em cinco anos, por incidência do art. 174 do Código Tributário Nacional, o direito de cobrar as contribuições previdenciárias, inclusive as devidas ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (v. Revista de Direito Tributário 11/12, p. 389; Lex Jurisprudência do TFR 21/128; 25/202; 27/230; 35/247). No julgamento dos embargos na apelação cível nº 80.617, que consistiram em uniformização da jurisprudência (doc. 8) (JTFR 27/229), sintetiza-se magnificamente essa posição, inclusive no concernente às contribuições para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) desde a ementa do acórdão:

"I — As contribuições previdenciárias, até a vigência da Lei n.º 6.830, de 22.9.1980, estavam sujeitas à prescrição quinquenal do art.

174, do Código Tributário Nacional."

No acórdão vem inclusive dito, pelo Relator, Min. CARLOS VELLOSO, que "as contribuições previdenciárias, **inclusive as do FGTS**, têm natureza tributária, pelo que se sujeitam às regras do sistema tributário Nacional, inscritas na Constituição e no Código Tributário".

14. A matéria já era objeto da doutrina de RUY BARBOSA NOGUEIRA (**Direito Tributário — Estudos de Problemas Tributários,** ed. J. Bushatski, 1971, p. 232), que dizia, textualmente:

"Uma vez procedido o lançamento das importâncias devidas ao INPS sem os vícios apontados, quer pelo contribuinte, quer pelo Instituto de Previdência Social, a prescrição, ausentes causas suspensivas ou interruptivas, verificar-se-á em cinco anos da data do lançamento, embora a legislação específica disponha de forma diferente."

 O Excelso Pretório, no RE 99.720-2 (Rel. Min. Oscar Corrêa — Lex — JSTF 74/153), em 1.ª Turma, decidiu no mesmo sentido, assim ementando o acórdão:

> "EMENTA: — Embargos à execução — Contribuições previdenciárias. Caráter tributário, nos termos da jurisprudência da Corte. Prescrição: art. 174 do C.T.N.

Recurso extraordinário não conhecido."

Vale ressaltar aqui, as considerações do voto do Min. NÉRI DA SILVEIRA, que bem precisam o entendimento da Corte quanto às contribuições elencadas no art. 217 do Código Tributário Nacional (acrescentado pelo Decreto-lei nº 27, de 14.11.1966), dentre as quais se insere, no nº IV, a "contribuição destinada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, criado pelo art. 2º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966." Refere o inclito juiz, no texto a seguir transcrito, a posição do Plenário do STF, vazada no RE 86.595;

"Sucede, porém, que o Plenário do STF, no RE 86.595/BA, a 07.06.1978, por unanimidade, reconheceu a natureza tributária das contribuições previdenciárias, no período entre o Decreto-lei n.º 27, de 1966, e a Emenda Constitucional n.º 8, de 1977. O eminente Ministro Moreira Alves, acompanhando o voto do Relator, ilustre Ministro Xavier de Albuquerque, assim se manifestou (RTJ 87/273-274):

'Pedi vista para examinar a natureza jurídica da contribuição, em causa, devida ao FUNRURAL.

2. Do exame a que procedi, concluo que, realmente, sua natureza é tributária.

Já o era, aliás, desde o Decreto-lei nº 27, que alterou a redação do art. 217 do Código Tributário Nacional, para ressalvar a incidência e a exigibilidade da contribuição sindical, das quotas de previdência e outras exações parafiscais, inclusive a devida ao FUNRURAL. Nesse sentido, é incisiva a lição de Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, 9.º ed., págs. 69 e 584). Reafirmouo a Emenda Constitucional n.º 1/69, que, no capítulo concernente ao sistema tributário (art. 21, § 2º, I), aludiu às contribuições que têm em vista o interesse da previdência social. Por isso mesmo, e para retirar delas o caráter de tributo, a Emenda Constitucional n.º 8/77 alterou a redação desse inciso, substituindo a expressão 'e o interesse da previdência social' por 'e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social', tendo, a par disso, e com o mesmo objetivo, acrescentado um inciso — o X — ao art. 43 da Emenda n.º 1/69 ('Art. 43. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente: ...X — contribuições sociais para custear os encargos previstos nos arts. 165, itens II, V, XIII, XVI e XIX, 166, § 1.º, 175, § 4.º, e 178') o que indica, sem qualquer dúvida, que essas contribuições não se enquadram entre os tributos, aos quais já aludia, e continua aludindo, o inciso l desse mesmo art. 43.

Portanto, de 1966 a 1977 (do Decreto-lei 27 à Emenda Constitucional n.º 8), contribuições como a devida ao FUNRURAL tinham natureza tributária. Deixaram de tê-la, a partir da Emenda n.º 8.

3. No caso, a questão versa contribuições relativas a 1967 e 1968. Por isso, concordo com o eminente relator em considerar que tinham elas natureza tributária, aplicando-se-lhes, consequentemente, quanto à prescrição e à decadência, o Código Tributário Nacional.

4. Em face do exposto, também não conheço do presente recurso'."

16. É bem de ver, pois, que, no entendimento da mais abalizada jurisprudên-

1° — O prazo prescricional de cobrança das contribuições previdenciárias, inclusive das do FGTS, até a vigência da Lei nº 6.830/80, era de cinco anos, pois o art. 174 do CTN revogara o art. 144 da LOPS.

2º — As contribuições para o FGTS, denominadas, entre outras, "contribuições de fins sociais" tiveram reconhecida sua natureza tributária desde que devidas entre 1966 a 1977 (do Decreto-lei nº 27 à Emenda Constitucional nº 8).

É a hipótese que enseja estes embargos de terceiro: As contribuições para o FGTS objeto das execuções correspondem aos meses de janeiro de 1967 a julho de 1972 (execução n.º 3.375/049) e aos de dezembro de 1972 a setembro de 1973 (execução n.º 3.484/158).

Tais execuções foram iniciadas em abril e agosto de 1984. Os meses dos últimos lançamentos são julho de 1972 e setembro de 1973. Ouando entrou em vigor a Lei nº 6.830/80, em dezembro de 1980 (art. 42) já se haviam cumprido os cinco anos da prescrição qüinqüenal, que para a última das contribuições exigidas expirara no mês de agosto de 1978.

Estão, portanto, prescritas as execuções, o que impende seja reconhecido.

RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO DE TAPERA

17. Por causa do princípio da eventualidade, deve ser alegado, ainda, que, por força do disposto nos arts. 3º e 4º da Lei municípal nº 494, de 23 de junho de 1973, a responsabilidade pelos débitos em questão foi assumida pelo Município de Tapera.

REQUERIMENTOS, PROVAS E VALOR DA CAUSA

18. Dando por interpostos os presentes embargos do terceiro, que fundamenta no art. 1.046 e § 2º do Código de Processo Civil, o embargante requer a V. Exª se digne, de plano, deferi-los, ordenando a expedição de mandado de manutenção de posse (art. 1.051) e suspendendo o curso dos processos principais (art. 1.052).

E que, em seguida, determine a citação do embargado, na pessoa de seu Procurador Regional, à Rua Jerônimo Coelho, 127, 17° andar, em Porto Alegre, a ser feita mediante precatória a ser expedida para aquela comarca, para responder aos termos dos presentes no prazo legal.

19. A final, pede e espera o embargante sejam estes julgados procedentes para ser determinado o levantamento das penhoras efetuadas sobre os bens em causa, reconhecidas a prescrição e a não-responsabilidade do Estado pelas contribuições exigidas e condenado o embargado nas custas, despesas e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da causa.

 Dá aos presentes o valor de Cr\$ 100.000.000, sem incidência de custas ou taxa judiciária.

TAPERA, 23 de setembro de 1985.

LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE AZEVEDO Procurador do Estado

Vistos, etc.

O Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social intentou duas ações de execução contra a Sociedade Cultural Taperense. Pretende receber, na primeira, Cr\$ 8.994.994,57, e na segunda Cr\$ 2.086.235,15, conforme certidões de inscrição de dívida ativa que acompanham as execuções.

Foi penhorado o prédio pertencente à executada.

A Sociedade Cultural Taperense opôs embargos em ambas as execuções. Alega que o patrimônio da embargante foi incorporado ao patrimônio do Estado do Rio Grande do Sul e, por isto, é impenhorável. Suscita a prescrição do crédito, pois os valores reclamados são referentes ao período de dezembro de 1972 a setembro de 1973. Portanto, ocorreu a prescrição, de acordo com o artigo 173, I e também 174 do CTN.

O Estado do Rio Grande do Sul interpôs embargos de terceiro, alegando que o patrimônio da executada, e que foi penhorado, pertence ao embargante, pois foi celebrado comodato e, posteriormente foi cedido ao Estado pela Prefeitura Municipal de Tapera. Não foi feita a escritura de doação porque havia débitos previdenciários pendentes, que seriam de responsabilidade do Município. Acrescenta que houve abandono da propriedade pelo titular do domínio e dele tomou posse o Estado. Ademais, foi penhorada a construção feita pelo Estado, a despeito de os bens públicos serem impenhoráveis. Por fim, alega que ocorreu a prescrição, pois até a vigência da Lei n.º 6.830/80, as contribuições previdenciárias estavam sujeitas à prescrição güingüenal.

O IAPAS impugnou os embargos à execução e de terceiro, alegando que a doação do imóvel ao Estado jamais foi regularizada, mesmo porque havia o débito previdenciário pendente. Assim, não há que se falar em impenhorabilidade do patrimônio da executada. Com relação à prescrição, alega que o artigo 20 da Lei nº 5.107/66 estabeleceu que a Previdência Social cobra os seus créditos com os mesmos privilégios para a cobrança do FGTS, sendo a prescrição trintenária, de acordo com o artigo 144 da Lei nº 3.807, de 26.08.60, revigorado pelo artigo 2º, parágrafo 9º, da Lei nº 6.830, de 22.09.80. Além disso, a Lei nº 494/73 estabeleceu que os débitos previdenciários ficariam sob a responsabilidade do Município de Tapera, não podendo, por isto, ser invocada a prescrição, de vez que houve o reconhecimento do débito.

Os embargantes responderam à impugnação.

O Ministério Público manifestou-se pelo acolhimento da preliminar de prescrição do crédito do exequente.

Relatados, decido.

O IAPAS ajuizou execuções com a finalidade de cobrar débitos relativos ao período de 1967 a 1973. Os embargantes suscitaram a prescrição, tendo em vista

que decorreram mais de cinco anos entre o último débito e o ajuizamento da presente ação.

Os meses dos últimos lançamentos dos créditos reclamados são julho de

1972 e setembro de 1973.

A alegação de que a prescrição seria trintenária não procede. O artigo 144 da Lei nº 3.807/60, estabelecia o prazo de trinta anos para a cobrança dos créditos tributários. O Código Tributário Nacional, em 1966, fixou os prazos de decadência e prescrição em 5 anos. Em 1980, a Lei nº 6.830 reestabeleceu o prazo trintenário. Portanto, o prazo de trinta anos foi revigorado, pois entre 1966 e 1980 vigorou o prazo de cinco anos para a prescrição e decadência. Ora, de 1973 a 1980 decorreram bem mais de cinco anos. A lei que reestabeleceu o prazo de trinta anos não tem o poder de ressuscitar aqueles créditos já mortos pelo decurso do tempo.

Segundo o Ministro Oscar Saraiva "o que entendemos, pois, é que a Lei nº 6.830/80, art. 2°, § 9°, contém regra inovadora, no sentido de que restaura a eficácia do art. 144 da LOPS. O Código Tributário Nacional, no seu artigo 174, o revogara. Lei posterior, todavia, a Lei nº 6.830/80, art. 2º § 9º, lei de direito substantivo processual, o restaurou." (Revista do Direito Público, julho/setembro

1983, nº 67, pág. 179)

Se é certo que o CTN revogou o dispositivo da LOPS, e a Lei nº 6.830/80 veio a restaurar aquele dispositivo, é certo também que os créditos do IAPAS estavam sob a vigência do CTN, e decorreram os prazos nele estabelecidos para a decadência e prescrição. Lei posterior, aumentando o prazo, não restaura direito iá perdido definitivamente.

Segundo Orlando Gomes, "se o prazo é extintivo, aquele a quem beneficia não pode renunciar ao benefício. Extinto o direito, não ressuscita." (Introdução

ao Direito Civil, pág. 392).

Também Antonio Luiz da Câmara Cascudo sustenta que "as leis que regem a prescrição são retroativas em relação às prescrições não consumadas, e irretroativas em relação às prescrições consumadas." (Da Prescrição e da Decadência, Forense, pág. 102).

Por fim, não se acolhe a longa e erudita citação trazida pelo embargado, tendo em vista que, baseado em dispositivo constitucional bastante amplo, o artigo 165, inciso XIII, o autor conclui não ter a contribuição previdenciária natureza de tributo. Trata-se de uma opinião isolada e que não encontra eco nos tribunais, conforme citações jurisprudenciais trazidas pelos embargantes e pelo Ministério Público.

Pelo exposto, julgo procedentes os embargos, declarando a prescrição dos créditos do IAPAS, e extinguindo, por consequência, as execuções nºs 3.375/49 e 3.484/158, com base no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil. O vencido pagará as custas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre os valores das execuções, corrigidos, ao Procurador de Sociedade Cultural Taperense. Para o Procurador do Estado os honorários são fixados em cinco valores de referência.

Publique-se e intimem-se.

Transitada em julgado, remeta-se ao E. Tribunal Federal de Recursos.

Tapera, 12 de setembro de 1986.

Bayard Ney de Freitas Barcellos, Juiz de Direito.

CENTRALIZAÇÃO DO SISTEMA DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA DO ESTADO

Porto Alegre, 08 de julho de 1986.

Of. Gab. n.º 550

Senhor Governador:

Contitui de longa data objetivo da administração estadual a centralização efetiva de seus serviços jurídicos na Procuradoria-Geral do Estado, anteriormente denominada Consultoria-Geral do Estado.

Mais recentemente foi a Constituição do Estado emendada (Emenda Constitucional n.º 10, de 30 de novembro de 1979) consignando-se entre as atribuições da Procuradoria-Geral a de "centralizar o sistema de assistência jurídica do Estado, objetivando estabelecer orientação uniforme no tratamento das questões jurídicas do interesse da Administração Estadual, direta e indireta".

Diante do preceito constitucional e visando a seu cumprimento em plenitude, embora com a implantação gradativa, foram sendo adotadas, mediante leis e mediante atos do Poder Executivo, sucessivas providências. Entre elas cabe referir:

- a Lei nº 7.344, de 31 de dezembro de 1979, facultando, mediante parecer favóravel do Conselho Superior da Procuradoria-Geral, a transferência de Consultores Jurídicos ou detentores de cargos equivalentes das Autarquias para a mesma Procuradoria-Geral (art. 7º, § 1º);
- o Decreto nº 30.168, de 1º de junho de 1981, que organizou o Sistema de Assistência Jurídica e Defesa Judicial do Estado, gradualmente posto em funcionamento;
- a realização de concurso para o provimento de cargos da classe inicial da carreira de Procurador do Estado, e as nomeações conseqüentes;
- a Lei nº 114, de 26 de dezembro de 1985, que determinou a extinção dos cargos vagos, bem como dos que viessem a vagar, do Quadro de Pessoal da Caixa Econômica Estadual, bem como a passagem das atribuições da área jurídica dessa Autarquia para a Procuradoria-Geral do Estado segundo esquema a ser estabelecido em conjunto.

Nessa perspectiva de centralização as demais Autarquias Estaduais não realizaram concursos para provimento das vagas de Procurador Autárquico existentes em seus Quadros.

Soluções diversas para a falta de Procuradores nesses entes da Administração Indireta têm sido adotadas, nem sempre no enfoque desejável, cumprindo agora enfrentar-se a questão de modo objetivo e consentâneo com a orientação geral decorrente do texto constitucional.

Assim sendo, e de acordo com as diretivas recebidas de Vossa Excelência em despacho de 3 de julho corrente, estou submetendo a sua elevada consideração, com vistas a seu encaminhamento à Egrégia Assembléia Legislativa Estadual, o anexo Projeto de Lei.

Visa ele a estender às demais Autarquias Estaduais o tratamento dado ao tema referentemente à Autarquia Caixa Estadual, pela Lei nº 8.114, de 26 de dezembro de 1985, que acima mencionei, ao mesmo tempo em que veda sejam confiadas a outros servidores as tarefas peculiares aos serviços de consultoria e procuradoria. Excluído da incidência dessas regras ficaria apenas o DEPRC, em razão da legislação federal específica que atinge os serviços portuários, concedidos pela União.

Colho o ensejo para renovar a Vossa Excelência a manifestação de meu apreço.

NEY SÁ Procurador-Geral do Estado

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

GABINETE DO GOVERNADOR

OF, GG/SAJL - 180

Porto Alegre, 18 de julho de 1986.

Senhor Presidente:

Tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência, em anexo, Projeto de Lei que "estende às demais Autarquias o disposto na Lei n.º 8.114, de 26 de dezembro de 1985".

A proposição segue acompanhada de exposição justificativa do Senhor Procurador-Geral do Estado, além de outros elementos informativos.

Grato me é o ensejo para renovar a Vossa Excelência a manifestação de meu apreço.

JAIR SOARES Governador do Estado

Sua Excelência, o Senhor Deputado VALDOMIRO LIMA DD. Presidente da Egrégia Assembléia Legislativa do Estado.

LEI Nº 8.284 DE 30 DE DEZEMBRO DE 1986.

Estende às demais Autarquias o disposto na Lei n.º 8.114 de 26 de dezembro de 1985.

JAIR SOARES, Governador do Estado do Rio Grande do Sul.

Faço saber, em cumprimento ao disposto no artigo 66, item IV, da Constituição do Estado, que a Assembléia Legislativa decretou e eu sanciono e promulgo a Lei seguinte:

- Art. 1.º Aplicam-se às demais Autarquias do Estado as disposições da Lei n.º 8.114, de 26 de dezembro de 1985, referentes a cargos de Procurador e a serviços jurídicos.
- Art. 2º O exercício de atribuições correspondentes às de Procurador Autárquico ou Procurador do Estado não poderá ser confiado, pelas Autarquias, senão a ocupantes desses cargos, cessando a partir da publicação desta Lei a vigência de quaisquer disposições ou designações em desacordo com este artigo.
- Art. 3.º O disposto nesta Lei não se aplica, nos termos da Lei n.º 5.702, de 17 de dezembro de 1968, e da legislação federal pertinente, ao Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais.
 - Art. 4.º Revogam-se as disposições em contrário.
 - Art. 5.º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 30 de dezembro de 1986.

JAIR SOARES Governador do Estado

Paulo Barbosa Lessa Secretário de Estado da Justica

José Hipólito Machado de Campos Secretário de Estado da Fazenda

Registre-se e publique-se

Augusto Borges Berthier Chefe da Casa Civil

LEI Nº 8.114 — DE 26 DE DEZEMBRO DE 1985

Extingue cargos da Caixa Econômica Estadual, e dá outras providências. Jair Soares, Governador do Estado do Rio Grande do Sul.

Faço saber, em cumprimento ao disposto no artigo 66, item IV, da Constituição do Estado, que a Assembléia Legislativa decretou e eu sanciono e promulgo a Lei seguinte:

- Art. 1º Ficam extintos os cargos de Procurador e Consultor Especializado do Ouadro Permanente de Pessoal da Caixa Econômica Estadual, atualmente vagos e, bem assim, os providos à medida em que vagarem.
- Art. 2º A passagem gradativa das atribuições da área jurídica da Caixa Econômica Estadual para a Procuradoria-Geral do Estado será objeto de providências a serem tomadas, em conjunto, pelos órgãos referidos.
 - Art. 3° Revogam-se as disposições em contrário.
 - Art. 4° Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

INDICE DE ASSUNTOS

AÇÃO CIVIL PÚBLICA	
- Proteção ambiental e ação civil pública. Controle da poluição. Preserva	
ção dos recursos naturais. Restauração dos elementos destruídos. Açã civil pública para proteção ambiental. Artigo de Hely Lopes Meirelles	
ACÃO DE USUCAPIÃO	. 17
 Critérios de valoração de causa nas ações de usucapião e o interesse d 	O
Estado nessas ações. Explicações preliminares. Da perfeita analogia er	
tre a ação de demarcação e a de usucapião, para efeitos de valoração d	
causa. Dos critérios de valoração da causa na ação paradigma. Artigo d	e
Luis Carlos Adams Coelho	. 11
ACUMULAÇÃO DE CARGOS	
 Funcionários diretores e conselheiros na Administração Indireta. Socie 	
dades de economia mista e fundações integrantes da Administração Es	
tadual Indireta. Funcionários investidos em cargos e funções de diretore destas entidades. Proibições. Acumulações vedadas. Parecer do Procu	
rador Alexandre Henrique Gruszynski	
Magistério. Transferência para o cargo de especialista. Acúmulo de ca	
gos. Professor. Área Um e especialista de educação. Administração es	
colar. Inviabilidade em razão da ausência de correlação de matérias. Pa	
recer do Procurador Francisco Salzano Vieira da Cunha	. 57
APOSENTADORIA	
Tempo ficto para aposentadoria e o STF. Interpretação do art. 103 d	
Constituição Federal. Mudança da junsprudência do STF. Parecer d Procurador Caio Martins Leal	
BENS PÚBLICOS — PENHORA	. 01
 Penhora de bem de domínio público estadual. Embargos de terceiro. Per 	<u>.</u>
nhora, a requerimento do IAPAS, de prédio de educandário, pertencer	
te ao domínio público estadual. Inadmissibilidade. Prescrição quinquen	
de crédito previdenciário de natureza social (FGTS). Procedência do	
embargos. Trabalho forense do Procurador Luiz Juarez Nogueira d	
Azevedo	. 111
CERTIDÃO	
 Direito a certidão. Interpretação do artigo 153, § 35, da Constituição Federal. Parecer do Procurador Caio Martins Leal	
CONCURSO	. 00
 Regime jurídico dos servidores municipais. É inconstitucional a adoçã 	0
do regime de direito privado (CLT) no âmbito público, ressalvadas exclu	} ~
sivamente as hipóteses de que trata o artigo 106 da Lei Maior. Parecer d	0
Procurador Renita Maria Hüllen ,,	. 101
CONTRATO ADMINISTRATIVO — CLÁUSULA DE PRIVILÉGIO	_
As cláusulas de privilégio nos contratos administrativos. Contrato adm	
nistrativo. Conceito de "cláusulas". A "cláusula", categoria jurídica. De	} -
finição e exemplos de "cláusulas exorbitantes". Regime jurídico do cor	ı~ . 27
trato administrativo. Trabalho de J. Cretella Júnior	. 21

CON\	/ÊNIO Aprovação pela	
	ICM — Ratificação de convenios. Convenios do ICM. Aprovação LCM, Assembléia Legislativa. É dispensável a aprovação dos convênio do ICM, pela Assembléia Legislativa. Basta a ratificação por decreto do Executivo. Parecer do Procurador Floriano Miller Netto	53
—	Pagamento de direitos autorais. Responsabilidade das prefeturas. Con siderando uma precisa situação de fato, Prefeitura Municipal pode ser considerada "empresário", para os efeitos previstos no artigo 73, § 2º, da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Mesmo afastada a caracterização prevista em lei, a Prefeitura responde solidariamente pela violação do direito autoral se for proprietária ou arrendatária do local onde se realizou o espetáculo público. Parecer do Procurador Nilo Vargas	97
FIMB		
IV	Penhora de dominio publico estadual. Emisura de requerimento do IAPAS, de prédio de educandário, pertencente ao domínio público estadual. Inadmissibilidade. Prescrição quinquenal de crédito previdenciário de natureza social (FGTS). Procedência dos embargos. Trabalho forense do Procurador Luiz Juarez Nogueira de Azevedo	11°
CEDI	A B C C	
—	Antecipação das comemorações dos teriados. A antecipação de come moração de feriados abrange os civis e religiosos, incidindo em relação moração de feriados abrange os civis e religiosos, incidindo em relação moração de feriados abrange os civis e religiosos, incidindo em relação moração de feriados. A antecipação de como moração de feriados abrange os civis e religiosos, incidindo em relação de feriados. A antecipação de como moração de feriados abrange os civis e religiosos, incidindo em relação de feriados abrange os civis e religiosos, incidindo em relação de feriados abrange os civis e religiosos, incidindo em relação de feriados abrange os civis e religiosos, incidindo em relação de feriados abrange os civis e religiosos, incidindo em relação de feriados abrange os civis e religiosos, incidindo em relação de feriados abrange os civis e religiosos, incidindo em relação de feriados abrange os civis e religiosos, incidindo em relação de feriados abrange os civis experiados de feriados de	9
	rador Maria Izabel de Araújo R. Fonyat	
FUN	ICIONÁRIO — CESSÃO Funcionários diretores e conselheiros da Administração Indireta. Socie-	
	dades de economia mista e fundações integrantes da Administração de tadual Indireta. Funcionários investidos em cargos e funções de diretores destas entidades. Proibições. Acumulações vedadas. Parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszynski	6
FUN	NCIONARIO — CONDENAÇÃO Cumprimento de pena em regime aberto por servidor condenado crimi-	
	nalmente. Cumprimento em regime aberto: tres anos de reclusad. Exame constitucional e legal que conduz à necessidade de instauração de processo administrativo-disciplinar, por incursão na hipótese do inciso XI do artigo 218 da Lei n.º 1.751/52. Parecer do Procurador Cyl Paranhos de	e
2""	LIMAVENCIMENTOS EVANTAGENS	
FUN	Inclusão das "gratificações equivalentes" na base de calculo de varidades. Gratificação equivalente (Lei n.º 2.331/54). Inexiste dispositivo legal que autorize a inclusão das gratificações "equivalentes" na base de cálculo dos avanços trienais, adicionais por quinquênio, ou gratificações de 15% e 25%. Parecer do Procurador Elaine de Albuquerque	ı
F-1 17	Petry	
FU	NDAÇÃO — DIRETOR Funcionários diretores e conselheiros da Administração Indireta. Socie- dades de economia mista e fundações integrantes da Administração Es- tadual Indireta. Funcionários investidos em cargos e funções de diretores	

GRA	destas entidades. Proibições. Acumulações vedadas. Parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszynski	61
	Inclusão das "gratificações equivalentes" na base de cálculo de vantagens, Gratificação equivalente (Lei nº 2.331/54). Inexiste dispositivo legal que autorize a inclusão das gratificações "equivalentes" na base de cálculo dos avanços trienais, adicionais por qüinqüênio, ou gratificações adicionais de 15% e 25%. Parecer do Procurador Elaine de Albuquerque	
	Petry	47
IMPC —	OSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS ICM — Ratificação de convênios. Convênios do ICM. Aprovação pela Assembléia Legislativa. É dispensável a aprovação dos convênios do ICM, pela Assembléia Legislativa. Basta a ratificação por decreto do Executivo. Parecer do Procurador Floriano Miller Netto	53
LEGI	SLAÇÃO	
_	Centralização do sistema de assistência jurídica do Estado. Of. Gab. — PGE nº 550; Of. GE/SAJL — 180; Lei nº 8.114, de 26.12.1985; Lei nº 8.284, de 30.12.1986	121
LEIS	, DECRETOS, ETC. — INCONSTITUCIONALIDADE	
	Regime jurídico dos servidores municipais. É inconstitucional a adoção do regime de direito privado (CLT) no âmbito público, ressalvadas exclusivamente as hipóteses de que trata o artigo 106 da Lei maior. Parecer do Procurador Renita Maria Hüllen	101
MEIC	O AMBIENTE — PROTEÇÃO	103
_	Proteção ambiental e ação civil pública. Controle de poluição. Preservação dos recursos naturais. Restauração dos elementos destruídos. Ação civil pública para proteção ambiental. Artigo de Hely Lopes Meirelles	17
PRIS	ÃO PREVENTIVA	
e	Servidor celetista, Inquérito judicial. Prisão preventiva, Repercussão na relação de emprego. Parecer do Procurador Eunice Nequete Machado,,	65
SER	VIDOR — REGIME JURÍDICO	
_	Regime jurídico dos servidores municipais. É inconstitucional a adoção do regime de direito privado (CLT) no âmbito público, ressalvadas exclusivamente as hipóteses de que trata o artigo 106 da Lei Maior. Parecer do Procurador Renita Maria Hüllen	101
SERY	VIDOR — SALÁRIO	
mar	Servidor celetista. Inquérito judicial. Prisão preventiva. Repercussão na relação de emprego. Parecer do Procurador Eunice Nequete Machado	65
SOC	IEDADE DE ECONOMIA MISTA — CONSELHO ADMINISTRATIVO	
_	Funcionários diretores e conselheiros na Administração Indireta. Sociedades de economia mista e fundações integrantes da Administração Estadual Indireta. Funcionários investidos em cargos e funções de diretores destas entidades. Proibições. Acumulações vedadas. Parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszynski	61
soc	IEDADE DE ECONOMIA MISTA — CONSELHO FISCAL	***
	Funcionários diretores e conselheiros na Administração Indireta. Sociedades de economía mista e fundações integrantes da Administração Estadual Indireta. Funcionários investidos em cargos e funções de diretores	

destas entidades. Proibições, Acumulações vedadas, Parecer do Procu-	• 1
rodor Alexandre Henrique Gruszynski) :
SOUTE A DE DE ECONOMIA MISTA - DIRETUR	
m - Adia direteros e conselheiros na Administração indireta. Socie-	
La comomia mieta e fundacões integrantes da Aditiliadação co	
to the street of the control investiges am cardos e full coes us un croiss	
de la contidada e Proibições Acumulações Vedadas, ratecei do 11000	_
rador Alexandre Henrique Gruszynski	0
TEMPO DE CERVICO FICTO	
The state ware appropriations and STE LAI SURIV. 1819U 1990, 1990	
pretação do art. 103 da Constituição Federal. Mudança da jurisprudência	
do STF. Parecer do Prucurador Caio Martins Leal	8

INDICE DE AUTOR



companhia rio-grandense de artes gráficas