

mais tempo pela morosidade imputável à Administração na implantação do Plano.” (grifos nossos).

Na hipótese, não há criação, majoração ou extensão de prestação alguma, como vedado pelo citado artigo 61 da Lei n.º 285/79 (Regulamento do IPERJ).

O disposto no § único do art. 185 da Constituição federal e no art. 61 da lei citada, não pode ser considerado como prevendo uma fonte específica de custeio para as prestações devidas a cada segurado, tanto assim que mencionados dispositivos se referem a FONTE DE CUSTEIO. As eventuais insuficiências que ocorram em cada caso são cobertas pela contribuição fixada em razão de cálculos atuariais.

No caso essa “fonte de custeio total” já existe e é representada precipuamente, pelos descontos feitos nos estípedios dos funcionários.

É bem verdade que a variação dos elementos considerados nos cálculos atuariais pode levar a desequilíbrios. Isso porém, não justifica a negativa de serem pagas prestações previdenciárias devidas, mas importa em dever ser fixada nova taxa de contribuição ou em o Estado suprir as deficiências de sua autarquia.

Como bem salientado pelo Parecer da A.A.J. O funcionário adquiriu o direito ao enquadramento definitivo, quando provou o atendimento aos requisitos por lei exigidos e manifestou a vontade de obtê-lo, tendo sido, por isso mesmo, enquadrado em caráter provisório (pelo Decreto n.º 2.457/79) até que a Administração tomasse todas as providências necessárias ao seu enquadramento.

Na verdade, o enquadramento efetivamente se formalizou e ocorreu com o Dec. 2.457/79. O Decreto de enquadramento definitivo é **meramente declaratório**, limitando-se a reconhecer uma situação já plenamente conformada e como tal reconhecida em decreto anterior.

Desse modo, desde antes já se constituía uma situação definitiva pela Administração, que apenas se impôs um cronograma futuro para realizar as medidas de que cuidava o Plano.

Assim sendo, é de ser mantido o enquadramento definitivo **post mortem de Murillo Sá Freire de Abreu**, termos do Parecer do A.A.J. da decisão da A.G.C.C. e despacho do ex-Secretário de Administração, a fls. 51.

É o nosso parecer, s.m.j

Rio de Janeiro, 23 de abril de 1984.

PEDRO AUGUSTO GUIMARÃES
Procurador do Estado

VISTO:

De acordo com o Parecer n.º 6/PAG/84.
À Secretaria de Estado de Governo.

Rio de Janeiro, 21 de maio de 1984

EDUARDO SEABRA FAGUNDES
Procurador-Geral do Estado

Parecer n.º 02/89, de Cândido Guilherme Gaffré Thompson.

A proibição constitucional alusiva à acumulação remunerada de cargos públicos e o alcance da expressão “funções mantidas pelo Poder Público”, empregada no inciso XVII do art. 37 da Lei Magna em vigor — Possibilidade de aplicação do § 5.º do art. 35 do Dec. n.º 2.479/79 a servidor que responda por cargo comissionado de uma estrutura celetista.

1. Iniciado por expediente interno da FUNDREM — Fundação para o Desenvolvimento da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, problematiza o presente processo o cúmulo remunerado de cargo comissionado e integrante da administração direta, com emprego de fundação instituída pelo Estado.

Foram os interessados no feito, **Jardel Barcellos de Paula e Nicolino Crispino**, designados, respectivamente, para responder pela Presidência e pela Diretoria da Administração e Finanças da supramencionada entidade, sem prejuízo das funções de confiança que desempenham na Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Regional e na Secretaria de Fazenda (fls. 3). A questão que se há de discutir está posta em termos de se deve ou se pode a FUNDREM proceder ao pagamento, a favor destes seus servidores interinos, da remuneração correspondente a cargos cuja responsabilidade lhes foi entregue (fls. 2).

A Assessoria Jurídica da mesma fundação opinou em sentido contrário a essa dupla percepção de ganhos; sustentou, invocando decisão do Supremo Tribunal Federal, que as instituições deste gênero, quando criadas pelo Poder Público, são na realidade espécies do gênero autarquia, “em razão do que lhes é inteiramente aplicável vedação constitucional alusiva” (v. fls. 16, *in fine*, e 17).

Já para a Assessoria Jurídica da SEDUR, que se mostrou atenta à inovação levada a efeito pelo art. 37, XVII, da Constituição em vigor, ajustar-se-ia ao caso o disposto no art. 35 do Regulamento do Estatuto dos Funcionários Civis do Rio de Janeiro, Dec. n.º 2.479/79, combinado com o preceituado no art. 4.º da Portaria Pres. n.º 427/85 da FUNDREM. Em face deste fato, assim conclui este órgão o parecer sobre a matéria emitido (fls. 26):

“Portanto, poderão os Srs. Presidente e Diretor-Presidente da FUNDREM (fls. 3), se assim o desejarem, optar pelos valores constantes da tabela II (“valor a ser acrescido ao vencimento ou salário”), anexa à Portaria Pres. n.º 427/85 — FUNDREM, desde que sejam deduzidas as importâncias referentes aos cargos em comissão de origem, conforme determinado pelo § 5.º do art. 53, do Regulamento dos Funcionários Públicos, observada, assim, a norma constitucional que veda a acumulação remunerada de cargos públicos (art. 37, XVI e XVII, da Nova Carta).

Acumulação remunerada não haveria, pois estaria, a rigor, ocorrendo remuneração por apenas um dos cargos em comissão exercidos, o de maior valor.”

Solicitou a audiência desta Procuradoria o Sr. Secretário de Estado de Desenvolvimento Urbano e Regional.

2. Antes do advento da Constituição ora em vigor, tive oportunidade de, na condição de Assessor do Sr. Secretário de Administração, opinar acerca de situação em tudo semelhante à de que se cuida neste procedimento (Parecer n.º SAD-AAJ 4.988/87, do qual anexo ao presente uma cópia).

Parecerá, todavia, a quem submeta a um exame menos demorado a matéria em debate, que o direito positivo teve, de então para cá, nada menos que mudada sua pedra angular; e que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que balizou aquele pronunciamento não deve ter qualquer possibilidade de ser hoje dada como capaz de solucionar o problema que remanesce com respeito à matéria.

Efetivamente, a tese central daquele aresto, a sua autêntica idéia-força, veio a ser de que constituiria em verdade uma espécie do gênero autarquia, a fundação que assumisse a gestão de serviço estatal e se submetesse a determinado regime previsto por leis locais. Assim, muito embora inexistisse, na Lei Magna ao tempo vigente, preceito a proibir expressamente a acumulação de cargo público com emprego em fundação, estaria a álhia vedada em casos tais, dado que a referência a autarquias estaria a envolver a última destas entidades.

Por si, este argumento, em face do novo texto constitucional respeitante ao problema, não tem mesmo como prevalecer. A referência a fundações mantidas pelo Poder Público está agora formulada de maneira direta, ao lado de menção por igual direta a autarquias; logo, não há como ainda raciocinar a partir da concepção de que a alusão à primeira esteja, na Constituição Federal, a abarcar a segunda.

Tudo que há, atualmente, a determinar-se é a abrangência da expressão empregada no inciso XVII do art. 37 da Constituição em vigor: **fundações mantidas pelo Poder Público.**

3. Acredito que a primeira idéia que ocorra à maioria de quantos travem conhecimento com esta designação, seja a de que com ela pretendeu-se alcançar as entidades do gênero em questão, que recebiam apoio econômico mediante verbas consignadas no orçamento de alguma unidade política da nação (União, Estado ou Município). Fun-

dação “mantida” pelo Poder Público Estadual seria, assim, aquela que recebesse suprimento de recursos da unidade federativa que o termo final da expressão está a sugerir.

Uma dificuldade, porém, logo se apresenta ao espírito de permeio com, na aparência, tão simples solução: a de saber-se quando, ou a partir de que volume de participação em sua receita, haveria de ter-se uma fundação como “mantida” pelo Estado. Porque é do conhecimento generalizado que grande parte destes entes têm fontes próprias de custeio, conquanto se alimentem também de verbas que lhes destinam pessoas jurídicas fundamentais de nossa organização federativa. Assim, o questionamento seguinte à colocação do problema nos termos indicados será, inevitavelmente: se bastará uma pequena contribuição do gênero apontado para dar-se por configurada a situação referida na Constituição, se, para tanto reconhecer, haveria mister deparar-se com um completo sustento da entidade pelo Poder Público, ou ainda se haverá, entre estes dois extremos, um ponto determinado a partir do qual se possa ter a situação como caracterizada, e neste caso qual será ele.

Conduzido por esse modo, todavia, o problema afigura-se-me de solução extremamente difícil; e isto, na essência, pela inexistência de um conceito jurídico, suficientemente trabalhado pela doutrina e pela jurisprudência, capaz de proporcionar a definição, ou traçar o limite que se procura. Por muito que se fizesse para evitá-lo, ter-se-ia ao cabo de fixar um percentual ou eleger um índice para superar a dificuldade, o que implicaria em resolvê-la de maneira totalmente arbitrária.

4. E não creio se possa dar aqui o texto constitucional como dependente de regulamentação para ter eficácia.

A meu ver, sua natureza vem a ser, na terminologia proposta por José Afonso da Silva, a de uma norma de eficácia contida em função de um conceito (“Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, pág. 95 e seguintes da ed. de 1968, S. Paulo); isto é, há aqui, subjacentemente, o direito básico, a todos assegurado, de acumulação de empregos, ou de empregos e cargos, que envolvam fundações, direito entretanto condicionado à circunstância de não serem tais entidades “mantidas pelo Poder Público”. Restringe, pois, o exercício do direito, não uma lei, existente ou futura, mas um conceito, que se apresenta “como limitador das condições subjetivas da vantagem” (ib., p. 108).

Este conceito deve presumir-se como algo que teve o constituinte por perfeitamente determinável, pois não é de supor que pretendesse armar um enigma; como tampouco é de supor que fosse sua intenção deixar o detalhe para o legislador ordinário, já que sobre isto silenciou. Há, portanto, que procurar-se o sentido preciso da expressão “fundações mantidas pelo Poder Público”, tanto como procurou o autor citado, a título de exemplo, os de “ordem pública” e “bons costumes” (ib. p. 99).

5. A solução do problema examinado é encontrada, em meu entendimento, desde que se considere que a equação colocada no inciso XVII do art. 37 não se resolve dando-se, simplesmente, a qualificação “mantidas” como sinônima de “sustentadas”. Seu sentido é aí outro.

"Manter" significa "suster", não há dúvida, mas significa também "prosseguir na execução", "continuar" (Antenor Nascentes, "Dicionário da Língua Portuguesa"). É com este sentido faz-se deste verbo uso frequente, como ao referirem-se leis e decretos a "filiais mantidas por empresas fora de sua sede"; não se está então produzindo uma formulação cujo sentido se possa determinar substituindo a expressão "mantidas" por "sustentadas". Uma empresa mantém uma filial quando tem em um determinado estabelecimento, uma continuação sua; mantém-na por isso mesmo que a faz subsistir com sua natureza original, ou seja, como um braço seu. Isto nada define com relação ao regime econômico em que vive a filial; se está ela próspera, e em crise a matriz, pode dar-se que seja aquela a sustentar esta. A empresa mantém a filial simplesmente porque não a suprime; mantém-na porque, depois de a ter criado, fá-la subsistir com as características básicas com que nasceu. E a circunstância de com tal qualificação prosseguir, não depende, nem apenas nem fundamentalmente, da condição de receber verbas de apoio da matriz, mas da circunstância de ligar-se-lhe com o vínculo jurídico próprio, o que tem a ver com sua instituição, sua direção, etc.

Tenho que com sentido muito próximo, senão idêntico a este; empregou o constituinte a expressão em exame. Quis referir-se a entidades deste gênero que, instituídas pelo Poder Público, guardam certas características, que as tornam distintas de quaisquer outras de seu gênero.

6. Colocado o problema nestes termos, sentimos que estamos passando a lidar com noções relativamente às quais estamos mais familiarizados; — e isto porque tais fundações vêm a ser, aproximadamente, aquelas a que se referia o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 101.126-2-RJ, citado ao início do item n.º 2 deste parecer. Se não há mais como dar tais entes fundacionais como autarquias, parece-me certo serem ainda seus os empregos que o direito positivo pretende incluir na proibição de acumular remuneradamente funções públicas.

E a coincidência é facilmente explicável. Um preceito constitucional traduz sempre uma concreção política de valores éticos; e é este também o fim perseguido pelo aresto em citação. Logo, não é muito que se fossem encontrar, estas duas manifestações do Estado; nas mesmas conclusões. Isto vale também por dizer que o regime legal relativo não foi, basicamente, mudado na nova Constituição; antes foi, em suas linhas mestras, reafirmado com maior clareza.

Serão, portanto, traços característicos das fundações de que tratamos: criação por lei, constituição com bens do Estado e subvenção e tutela administrativa deste, além de gestão permanente de serviços públicos. Não será necessário, entretanto, que se encontrem todos esses elementos numa entidade do gênero, para que se reconheça uma genuína fundação mantida pelo Poder Público; se ela foi, por exemplo, instituída pela dotação de bens públicos que lhe vão constituir o patrimônio, se conserva atividade intimamente ligada ao Estado, se este lhe escolhe os dirigentes, então quer ela tenha, quer não, alguma fon-

te direta de custeio — os empregos que proporciona não de dar-se como um desdobramento natural do quadro de empregos e cargos que, como partícipe de uma relação estatutária ou trabalhista, proporciona o Estado na realização de seus fins. E não de sujeitar-se eles ao regime que proíbe a acumulação remunerada de empregos, ou de empregos e cargos públicos.

Até mesmo, em minha opinião, as fundações do tipo institucional, onde o que se personaliza é, sobretudo, o serviço subjetivamente considerado (SÉRGIO DE ANDREA FERREIRA, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 161, p. 60), desde que criadas pelo Estado — e mesmo que não haja nenhuma afetação de bens públicos, e ainda quando pouco ou nenhum subsídio recebam de seu instituidor — poderão ser dadas como por ele "mantidas", se suas atividades permanecerem-lhe intimamente ligadas.

7. Em face dos termos com que a nova Constituição colocou o problema, não importa, em minha opinião, definir-se que fundações possam ser tidas como entidades de direito público e quais possam ser consideradas como de direito privado. Sociedades de economia mista e empresas públicas, que são indiscutivelmente pessoas de direito privado, abrangidas estão pelo inciso XVII do art. 37 da Constituição federal.

Também não tem a ver com o âmago do problema a circunstância de incluir ou não o Estado as fundações entre os órgãos da administração indireta. O enfoque que aqui importa, como se viu, é outro.

8. Não tenho, pelo exposto, dúvida com referência ao fato de que deva ser, a acumulação de que aqui se trata, dada como vedada pela lei, se pretendida remuneradamente.

A FUNDREM, como é fato notório, foi instituída pelo Estado, que a dirige mediante a escolha de sua chefia superior (cf. fls. 05), para fins relacionados com a administração pública.

9. Mas cuido que se aplica aos interessados o § 5.º do art. 35 do Dec. n.º 2.479/79.

Verdade é que este dispositivo não parece ter-se destinado, originariamente, à situação de que se cuida; trata ele de cargos estatutários e temos diante de nós, no caso, um cargo comissionado de uma estrutura trabalhista (v., a propósito, o n.º 2 do anexo Parecer n.º AAJ 4.988/87).

Creio, porém, que é a hipótese perfeitamente assimilável à traçada naquele dispositivo do Estatuto, dada a grande semelhança existente entre o regime dos cargos comissionados (com esta designação mesmo) da CLT (arts. 450 e 499) e no precitado diploma estadual. Aliás, no passo em que trata do ponto, o Dec. n.º 2.479/79 faz expressa referência ao "servidor regido pela legislação trabalhista", para dá-lo como apto a ocupar cargos em comissão, o que mostra nem sempre ter sido nosso Estatuto inteiramente alheio a este vínculo (art. 22).

Demais, pratica-se há muito, com aprovação da Procuradoria Geral, o pagamento de "complementação" a funcionários da administra-

ção postos à disposição de fundações, o que representa situação quase idêntica à aqui estudada (cf. Parecer n.º PG-2/87-LNP).

Enfim, como muito bem se acentuou a fls. 26, não há em tal caso, a rigor, dupla remuneração em favor do servidor, visto como este recebe apenas a soma correspondente ao cargo comissionado da fundação — o qual está a exercer —, embora lhe seja paga apenas uma parte deste quantum pela entidade.

Sub censura.

Rio de Janeiro, 1.º de março de 1989.

CÂNDIDO GUILHERME GAFFRÉE THOMPSON
Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o Parecer n.º 02/89-CGGT.
Devolva-se o expediente à Secretaria de Estado de Desenvolvimento e Urbanismo.

Em 03 de abril de 1989.

JOSÉ EDUARDO SANTOS NEVES
Procurador-Geral do Estado

Parecer n.º 05/88, de Cândido Guilherme Gaffrée Thompson.

A independência entre a instância penal e a administrativa, como regra — Servidor que foi dado por louco no Juízo Criminal, e afinal absolvido em nome da prescrição: inexistência de conseqüências necessárias destes fatos sobre sua demissão do serviço público.

1. O ex-servidor do Estado sobre o qual versa este processo, falecido a 19.11.85 (certidão a fls. 109 do Proc. n.º E-01/008.234/82), foi demitido do serviço público em 12.07.68, após regular inquérito administrativo; o ato correspondente deu-o por culpado de valer-se do cargo que ocupava — era médico —, para lograr proveito pessoal, em detrimento da dignidade da função (cf. documento grampeado à capa do Proc. anexo n.º 01/30.213/66).

Após um primeiro pedido de revisão, formulado por ele em 30.06.76 e indeferido em 25.01.78 por despacho do então Governador do Estado (fls. 2 e 18 do Proc. n.º E-01/11.449/76), voltou à carga o interessa-

do, com o pedido ora em apreciação, que foi autuado em 26.07.82, dando origem ao processo examinando.

Sofreu este demorada instrução, recebendo afinal, do Presidente da Comissão sob cujos auspícios desenvolveu-se, as seguintes considerações (fls. 117):

“O pedido inicial tem por objeto a reintegração do ex-servidor no cargo que exercia, de Médico, com a subsequente aposentadoria, por força da enfermidade apontada no laudo médico — esquizofrenia — que o incapacitava inteiramente para o exercício de suas funções.

Em face dos incisivos termos do laudo médico, forçosamente teria a Administração que reconhecer a procedência do pedido, tanto mais que o fato que ensejou a aplicação da pena demissória foi exatamente o mesmo que, submetido ao crivo do Juízo Criminal, resultou na sua absolvição, com base no art. 22 do Código Penal.”

Subindo o processo à apreciação do Sr. supervisor das Comissões Permanentes de Inquérito Administrativo, ouviu este, previamente, sua Assessoria, a qual deixou dito no passo em que definiu sua posição sobre o caso (fls. 123/124):

“Acrescente-se que o ex-servidor foi absolvido por decisão judicial transitada em julgado, em processo criminal que acarretou a punição administrativa. Não havendo resíduo (homogêneo ou heterogêneo) não pode o funcionário absolvido criminalmente ser punido na esfera administrativa pelo mesmo fato, como se infere da Súmula 18, do Supremo Tribunal Federal”.

Revelando divergência relativamente a este entendimento, o Sr. supervisor resolveu sugerir a audiência desta Procuradoria a respeito do feito. Concluiu ele seu parecer sobre o tema, nos termos que se seguem (fls. 126, *fine*/127):

“Ora, quer-me parecer que tendo em vista as circunstâncias registradas, há que atentar para a concordância com a conclusão alvitrada, pois as implicações nela contidas acarretariam enorme ônus para os cofres estaduais que viria beneficiar elemento que se viu demitido em inquérito regular (Processo n.º E-01/30.213/66 apenso) que viu a penalidade confirmada no reexame proposto e que jamais teve a sua condição de saúde ratificada pelo Departamento de Perícias Médicas, conforme demonstra o documento de fls. 10 (Processo E-01/11.449/76) sendo acusado de delitos graves, com resíduos administrativos, até à época em que deu entrada na peça inaugural deste processo.

Pelo exposto, julgo que as objeções suscitadas sobre a solução adequada à espécie, estariam, a meu ver, melhor apreciadas se submetido o problema à Douta Procuradoria Geral do Estado, visto envolverem questões de direito que somente aquele órgão poderia dirimir para a definição apropriada relativa a este caso.”

2. A infração cometida pelo falecido ex-servidor foi grave e objeto