

CESSÃO DE FUNCIONÁRIOS A SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E A FUNDAÇÕES OFICIAIS

MÁRIO BERNARDO SESTA

Consultor Jurídico do Estado

Membro do Conselho Superior da

Consultoria-Geral do Estado do

Rio Grande do Sul

1. Incoercível em razão das próprias necessidades de serviço, o fenômeno da cessão de funcionários públicos a entidades da administração indireta, bem como às fundações instituídas pelo Estado, tem ensejado inúmeros problemas, na medida em que, ultimamente, a descentralização das estruturas estatais vem se processando mediante a adoção preferencial de fórmulas organizacionais privatísticas, quais sejam as **sociedades anônimas, ditas de economia mista** (Emenda Constitucional n.º 1/69, art. 170 § 2.º; Decreto-lei n.º 200/67, art. 5.º, III; Decreto n.º 2.627/40, art. 2.º, parágrafo único) e as **fundações** (Decreto-lei n.º 900/69, art. 2.º; Código Civil, arts. 24 e seguintes).

Disso decorre ser comum a situação do funcionário público temporariamente posicionado em zona indefinida, de incidência **SIMULTÂNEA** de dois regimes funcionais: o próprio do seu cargo de origem, de cunho publicístico, e o do local de exercício, o qual, em se tratando de entidade organizada privatisticamente, será o da legislação trabalhista, estipulando as normas mestras dos dois regimes diversamente no que tange a direitos e vantagens.

No intuito de solucionar os problemas decorrentes dessas situações, editou-se Lei Estadual n.º 6.654/73, cuja constitucionalidade tem gerado dúvidas, em que pese a indiscutível justiça de seu conteúdo.

Assim sendo, parece-nos oportuno visualizar o problema não só segundo os parâmetros por ela postos, mas também à luz do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (Lei Estadual 1.751/52).

2. Nos termos da lei de seu regime próprio, o funcionário nomeado e empossado em cargo de provimento efetivo, ao entrar em exercício e através dele, na medida do decurso do tempo, além de fazer jus ao vencimento próprio, vai consolidando e enriquecendo sua posição, pela estabilidade e pelos direitos que vai adquirindo, a férias, gratificações adicionais, promoções, licença para tratar de interesses particulares, licença-prêmio, aposentadoria.

Esse tempo não é definido uniformemente para todos os efeitos: ora é enunciado simplesmente pela sua **fluência**, como se dá para os efeitos de adquirir direitos e **vencimentos** (“... pelo efetivo exercício...”, Estatuto, art. 70), **férias** (“... depois do primeiro ano de exercício...” ibid., art. 100, § 2.º), **licença para tratar de interesses particulares** (“... depois de dois anos de exercício...”, ibid., art. 150) e **estabilidade** (“... depois de dois anos de exercício...”, ibid., art. 171; de forma similar dispõem a Constituição Estadual, art. 92, e a Constituição Federal, art. 100); ora vem acompanhado de **qualificação restritiva**, como para os efeitos da aquisição do direito à **licença-prêmio**, (“... dez anos ininterruptos. ... de suas funções estaduais...”, ibid., art. 162); ora, finalmente definido em **capítulo especial** para os efeitos da aquisição dos direitos a **promoções, gratificações adicionais e aposentadoria** (ibid., arts. 166 a 170).

Neste capítulo especial ressalta, no art. 166, a expressão “tempo de serviço **normal**” para indicar certamente o que deflui do **exercício ordinário** expresso no art. 36, diverso do extraordinário mencionado no final da cabeça do mesmo dispositivo legal. Dito tempo de **serviço normal** deverá ser computado em dias “à vista das folhas de pagamento” (art. 166, § 1.º), enumerando-se ainda (art. 167) os dias “considerados de efetivo exercício” mesmo que o funcionário esteja “afastado do serviço”.

Finalmente, o art. 168 enumera períodos especialmente computáveis para efeitos de aposentadoria, excluídos, por omissão, os que se referem a sociedades de economia mista e fundações (item IV).

Dita omissão, em razão da referência constante do parágrafo único do art. 162, vale igualmente para definir as “funções estaduais” cujo exercício durante dez anos ininterruptos confere ao funcionário o direito à licença-prêmio, e se torna mais evidente na medida em que a Lei Estadual n.º 1.751/52, embora timidamente e fazendo uso de terminologia que não vingou no direito administrativo brasileiro, não desconhece de todo as “**entidades paraestatais**” (art. 67, parágrafo único).

A norma da Constituição Estadual (art. 99) assecuratória dos direitos a “... gratificações por decênio de serviço...” não altera o que se disse, porque, entre outros, tais direitos são assegurados “... nos termos da legislação própria...”, isto é, da que foi citada, na medida em que se desconsidere, embora somente para efeitos de raciocínio, a legislação especial e, particularmente, a Lei Estadual 6.654/73.

O disposto no parágrafo terceiro do art. 102 da Emenda Constitucional n.º 1/69, referente ao cômputo recíproco de tempo federal, estadual e municipal “para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade” também não invalida o que se disse, pois não refere a hipótese de cessão a entidades personalizadas nos moldes do direito privado e, de qualquer forma, remete à “forma da lei”.

3. Ainda segundo norma pertinente a seu regime próprio (Estatuto, art. 35), o funcionário não pode ter exercício em serviço ou reparição diversa da em que estiver lotado, “**salvo nos casos previstos neste Estatuto ou prévia autorização do chefe do poder competente,**” ... “**para fim determinado e por prazo certo**”.

É certo que esse dispositivo não menciona expressamente as hipóteses de cedência de funcionário a sociedades de economia mista e fundações, pela simples razão de que, à época em que se aprovou o Estatuto, tais estruturas eram praticamente desconhecidas no processo de descentralização administrativa do Estado.

Como se disse acima, só numa passagem e, assim mesmo, usando terminologia imprecisa e que não vingou, o Estatuto menciona as "entidades paraestatais" (art. 67). No entanto, as melhores técnicas de hermenêutica habilitam o intérprete a ler a lei de sorte a fazê-la corresponder à realidade fáctica da época de cada leitura, enquanto seja possível combinar essa mesma realidade com as virtualidades dos vocábulos, expressões, alocações integrantes da norma legal. E não parece forçar ditas virtualidades pretender-se que o termo "serviço", empregado no art. 35 do Estatuto, abranja aquelas entidades formalmente privadas. Aliás, esse entendimento é inequivocamente adotado no Decreto n.º 21.112/71 que, regulamentando o dispositivo estatutário, dispõe exatamente sobre as cedências de que se trata (arts. 12 e 13).

Conseqüentemente, nas cessões regulares, o funcionário estará em exercício, embora em local diverso do em que estiver lotado. A cessão do funcionário, que foi solicitada pela entidade cessionária e concedida pela autoridade cedente em razão do interesse de serviço encarado globalmente, não implica em interrupção do exercício (como, por exemplo, acontece na licença para tratar de interesses particulares) mas, simplesmente, em exercício excepcionalmente regular, em local diverso do da lotação.

O funcionário cedido não deixa de titular esta condição, não deixa de ser regido pelo estatuto próprio, nem deixa de adquirir os direitos que, nos termos deste Estatuto, lhe cabem.

Irrelevante a circunstância de a cessão fazer-se com ou sem ônus para os cofres públicos. Não é admissível que para o funcionário cedido sem ônus — sem vencimentos — esta circunstância da cedência, que lhe é estranha, venha a diminuir-lhe o amparo de seu estatuto próprio, ainda mais que a temporariedade da cessão acrescida de sua estraneidade na entidade cessionária tornarão precário o amparo do regime funcional desta última.

4. Um exame mais minucioso da condição do funcionário cedido fortalecerá por certo esse entendimento.

A premissa geral, e que se não pode esquecer, consiste na ausência de participação do cedido no processo da cedência, que se opera ao nível das variantes do interesse de serviço.

Quem solicita ou requer a cedência é a entidade interessada na mesma, sendo seu pedido examinado à luz do interesse de serviço visualizado globalmente, não só pelo enfoque da dispensabilidade de quem cede, mas, considerada a unidade finalística e dinâmica que subjaz à pluralidade organizacional do Estado, atendendo à **necessidade** de quem solicita.

O funcionário eventualmente cedido é **institucionalmente** estranho ao processo da cedência e à fixação de seu regime, sendo consultado e ouvido por razões, sempre recomendáveis, de cortesia, incapazes porém, de desvirtuar o **cuinho publicístico do procedimento**.

Da negociação da cedência resulta, não como elemento predomínante, mas sem dúvida considerável, o regime do mesmo: **com ônus** ou **sem ônus** para os cofres públicos. Na primeira hipótese o funcionário continua a receber dos cofres públicos, a contraprestação de seu trabalho. Na segunda, esse pagamento corre por conta da entidade cessionária.

Ainda na primeira hipótese, é comum que a entidade cessionária, a fim de evitar discrepância com os níveis de remuneração peculiares ao seu quadro funcional, complementa o vencimento do funcionário cedido com quantias às vezes expressivas.

A Lei n.º 1.751/52 não distingue os regimes da cedência, e a legislação especial posterior apenas alude a um ou outro deles, sem fixar-lhes características outras que não a obviamente indicada pelo nome e acima referida.

Ambos os regimes possíveis da cedência, apenas, e pouco, referidos — nunca definidos — como se disse, quer na Lei Estadual n.º 1.751/52, quer nas inúmeras leis especiais prevendo sua possibilidade,

implicam, sem dúvida, na hipótese excepcional prevista no art. 35 da sobredita lei, isto é, no exercício do funcionário cedido fora de seu local de lotação, mediante autorização do Chefe do Poder competente, e por prazo certo — em exercício embora extraordinário, mas que não perde, a não ser quando a mesma Lei Estadual n.º 1.751/52 assim disponha, suas virtualidades.

Se a cedência é regular e, como tal, concedida em termos publicísticos, como se observou antes, nem haveria lógica nem justiça em atribuir-lhe o condão de interromper o exercício.

Cedência regular não interrompe o exercício, como se dá com as faltas não justificadas ou com a licença para tratar de interesses particulares. Caso contrário, as conseqüências e virtualidades dessas situações deveriam ser necessariamente vinculadas à primeira. Isto quer dizer: ou o funcionário cedido deveria entrar em licença para tratar de interesses particulares, o que seria um contra-senso; ou a interrupção do exercício redundaria em abandono do cargo, o que seria um contra-senso-maior.

Por isso diz bem o Estatuto quando considera em exercício (sem distinção de regime) o funcionário cedido.

Tal entendimento não significa, evidentemente, ignorar as distinções que a própria Lei Estadual n.º 1.751/52 faz entre **exercício** e **exercício no local da lotação** ou na **administração centralizada**.

Também não procede, para estabelecer outras distinções entre os regimes da cedência, a preocupação em evitar a acumulação de vantagens peculiares aos dois regimes funcionais em que está imerso o funcionário cedido.

Na realidade, inexistente diferença substancial, nesse sentido, entre a cedência sem ônus, em que a entidade cessionária paga supletivamente uma remuneração ao cedido, e a cedência com ônus em que a cessionária complementa os vencimentos do funcionário cedido.

O fato de, na cessão sem ônus, a remuneração, que deveria ser paga pelo Estado, ser paga pela cessionária segundo normas próprias de seu estatuto jurídico, decorre da inadmissibilidade, salvo nos raros casos definidos expressamente em lei, do trabalho gratuito.

Não pode tal remuneração receber enfoque diverso da que o funcionário, cedido com ônus, recebe complementarmente da entidade cessionária e que também será por esta pago de conformidade com as normas próprias de seu estatuto jurídico.

E, insistimos em que inexistente diferença porque, em ambas as hipóteses, as quantias pagas pela cessionária, à luz da legislação própria de seu regime funcional, são **salário**.

A circunstância de o funcionário cedido receber, supletiva ou complementarmente, **salário** da cessionária determina distinção apenas quantitativa, nunca qualitativa, entre os regimes da cedência, sem querer, com isso, ignorar os diferentes graus de imersão do cedido num regime funcional que lhe é, em qualquer caso, estranho.

A suplementaridade ou complementaridade da remuneração paga pela cessionária ao funcionário cedido justamente decorrem da **ótica interna**, possível e necessária em razão do **bifrontismo** peculiar às sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo Estado, que determina a minimização conceitual, para efeitos internos, da caracterização salarial das quantias correspondentes o que justifica a desconsideração que corretamente se dá, na tradição administrativa do Estado, como bem refere, embora com alcance menor, COUTO E SILVA, de circunstância que de outra forma implicaria em acúmulo constitucionalmente proibido. (Parecer n.º 2740/74 CGE).

5. É preciso ter presente que as entidades cessionárias organizadas privatisticamente, consideradas agora sob seu ângulo peculiar ou, se se quiser, exterior ao Estado, não têm como pagar quantias mensais a quem lhes presta serviço, regular e subordinadamente, a não ser nos termos de legislação **cogente**, como o é a **legislação trabalhista**, e hierarquicamente superior a do Estado por ser **federal**.

· Não é o funcionário cedido que quer manter um segundo vínculo; este é inarredável em razão de legislação federal: cogente.

Neste passo, ocorre a lição oportuna de CIRNE LIMA ao enfatizar o caráter bifronte das sociedades de economia mista, bem menos marcadamente mista, na nossa prática, pela participação acionária estatal do que pela duplicidade de seu regime, o que também se pode, com propriedade, depreender do conceito de "economia". Enquanto sociedade anônima e, portanto, privada, "somente o é... em relação a terceiros com quem entra em contato; não, assim, em suas relações com a entidade pública, para a qual ou pela qual foi criada, como instrumento de intervenção social e econômica. Privada "quoad extra", a sociedade de economia mista é necessariamente pública "quoad intra" (in Pareceres de Direito Público, 1.963, Livraria Sulina, pag. 18, n.º 4).

No mesmo sentido WALDEMAR FERREIRA: "(A Sociedade de Economia Mista) aparentemente é sociedade anônima, mas, na essência e no seu funcionamento, muito mais se caracteriza como ente autárquico" (in "A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo", São Paulo, 1.956, pag. 164).

O mesmo vale para as fundações instituídas pelo Estado. Da mesma forma que a **sociedade anônima** é forma jurídica estrutural privatística, utilizada para fins publicísticos nas sociedades de economia mista, assim também o é a fundação, instituto necessariamente civilístico enquanto fórmula organizacional. O direito público tem na autarquia a fórmula própria de organização que corresponde à fundação na medida em que ambas são manifestações aplicadas das teorias do patrimônio-fim.

Nem mesmo a irrealidade da autarcia de inúmeras fundações instituídas pelo Estado pode descaracterizá-las como instituições estatutariamente privadas, da mesma forma que as sociedades de economia mista que, na nossa prática, como já referimos, têm um único **acionista real**, completando-se o número mínimo legal com **acionistas simbólicos**.
(1).

O regime do funcionário cedido, seja qual for a modalidade da cedência, desde que regular, é das **coisas internas** no relacionamento entre o Estado e as entidades cessionárias, o que explica e possibilita mesmo a existência das cessões, e que, portanto, se **mantém submisso ao regime publicístico**.

Há uma supremacia do estatuto **publicístico** sobre o privatístico, não só em razão da superioridade natural do primeiro sobre o segundo, como também face à normal vocação à permanência do funcionário em relação ao primeiro e à necessária, porque legal, precariedade de sua temporária imersão no segundo.

Disso decorre, como já se disse, que as quantias pagas pela cessionária ao funcionário cedido, quer a título complementar, quer supletivamente, embora sejam efetivamente **salário**, por que aquela não teria como pagá-las se assim não fosse, são entendidas, na tradição administrativa do Estado, como apêndice e não como duplicação face ao regime próprio de quem as recebe, como bem frisou COUTO E SILVA no aludido parecer, porque a categoria privatística cede e de certo modo se descaracteriza, face ao regime publicístico ao qual acede e que lhe é naturalmente superior.

Isso importa quando se raciocina em termos de acumulação de vantagens. O funcionário cedido **sem ônus** não recebe evidentemente os adicionais por tempo de serviço ou quinquênios a que tenha direito por serem tais quantias acessórias do vencimento; o funcionário cedido mesmo **com ônus**, não conta tempo de cedência para efeitos de aposentadoria, porque a Lei Estadual n.º 1.751/52 distingue nesse caso o **exercício do tempo de serviço do Estado**, exigindo este para a aquisição daquele direito, como já se viu.

Mas o funcionário cedido não tem como não receber o décimo-terceiro salário; não pode pretender, mesmo sem optar pelo sistema do FGTS, que a entidade cessionária não recolha as contribuições a que está obrigada; nem que, não sendo optante, o tempo de serviço na cessionária não conte para sua eventual estabilidade.

O que há de prevalecer não é a contabilidade das vantagens, que é ilusória em face da precariedade temporal necessária da cedência, ainda que renovada inúmeras vezes.

Há de prevalecer a consideração de que, como já se disse, o funcionário cedido, em razão mesmo da aludida precariedade temporal da cedência, **não tem vocação à permanência** no regime funcional da cessionária, de sorte que não têm valor maior as vantagens a que ali venha a fazer jus.

E caso opte pela adesão ao quadro funcional da cessionária, se por um lado aqueles direitos passarão a ter sentido, terá aberto mão de outros que adquirira no regime que até então lhe era próprio.

É preciso impedir que o cuidado em evitar cumulação de vantagens, em certa medida procedente, não degenerem em entendimento que resulte em empobrecimento injustificado do funcionário envolvido num procedimento publicístico como o da cedência, em que se lhe venha a coibir a aquisição e/ou o exercício de direitos próprios de seu regime estatutário, sob a alegação de que está a adquirir e gozar outros, em relação aos quais, na realidade, pouco mais é do que estranho.

6. Face ao que dispõe, portanto, a Lei Estadual n.º 1.751/52 (sem considerar ainda a Lei Estadual n.º 6.654/73), o funcionário cedido para uma sociedade de economia mista ou fundação, seja com ônus, seja sem ônus para os cofres públicos, estará regularmente no exercício, e fará assim jus indiscutivelmente, incorporando-os à sua condição, aos **direitos que decorram da simples projeção temporal do exercício**, isto é, (além dos vencimentos ou sua compensação pela entidade cessionária conforme o caso) **férias, licença para tratar de interesses particulares, e estabilidade**. Não fará jus, por força das restrições contidas no próprio estatuto, a computar o tempo da cedência para efeitos de **promoções, aposentadoria e gratificações adicionais**.

Também **não faz jus à licença-prêmio**, pois, sem forçar conceitos, não há como considerar "estadual" (Estatuto, art. 162) serviço prestado a pessoas jurídicas de direito privado. Esse entendimento fi-

ca corroborado na medida em que se recorde a inserção do inciso IV do art. 168 do Estatuto no parágrafo único do art. 162 do mesmo diploma legal.

Por isso, a Lei Estadual n.º 6.370/72 (art. 7, parágrafo 3.º) e a Lei Estadual n.º 6.497/72 (art. 7.º, parágrafo 3.º) referentes à cessão de funcionários a fundações, a primeira ainda em vigor por exceção à Lei Estadual n.º 6.654/73, enumeraram, para garantir aos funcionários cedidos às ditas entidades, os direitos que estatutariamente não lhes ficariam assegurados — licença-prêmio, gratificação adicional e aposentadoria (excluída a promoção, certamente pela pouca expressão que apresenta em termos gerais de organização do funcionalismo, mas, de qualquer forma, excluída); enumeração complementar, portanto, não restritiva.

7. O mesmo raciocínio, que inadmite, nos termos da lei, o empobrecimento da condição funcional do funcionário cedido, em razão unicamente da cedência, igualmente inadmite a acumulação indiscriminada de vantagens em decorrência da mesma situação peculiar.

Por isso, parece-nos indispensável, para uma abordagem correta do tema, a distinção entre as fases de **aquisição** e de **fruição** de direitos funcionais.

O funcionário cedido **sem ônus** só poderá gozar de seus direitos funcionais, mesmo os que tiver adquirido durante a cedência, **quando esta cessar**.

O funcionário, cedido **com ônus**, receberá junto com seu vencimento, e somente incidindo sobre seu montante, os adicionais a que fez jus em razão do tempo de serviço, mas só poderá fruir os demais direitos funcionais quando cessar a cedência.

É evidente que o funcionário cedido com ônus faz jus ao gozo de seu vencimento; da mesma forma o cedido sem ônus, embora pela regra de acessoriedade, operando como fator excludente, a substituição da fonte pagadora implique numa restrição no que respeita à fruição das gratificações adicionais.

O funcionário cedido, considerando a matéria sempre à luz do Estatuto, não contará o tempo de serviço da cedência — salvo lei especial dispondo diversamente, como seria o caso citado da Lei Estadual n.º 6.370/72 — para adquirir os direitos relativos à licença-prêmio, adicionais por tempo de serviço e aposentadoria. Gozará, porém, dos adicionais acessórios do vencimento, já adquiridos à época da cedência, em razão da acessoriedade, em função da qual o cedido sem ônus fica privado dessa fruição.

No que tange ao gozo de direitos que impliquem na cedência, remunerada ou não, do servidor cedido, ressalvado o direito a férias anuais, que, além de ser nas suas linhas básicas, comum aos dois regimes funcionais, é essencial à preservação da própria capacidade de trabalho do servidor, os demais sofrem uma paralização determinada pelo regime publicístico da cedência. Se esta se faz por tempo determinado, isto está a significar que a presença do cedido é indispensável onde está servindo excepcionalmente, por razões de interesse público.

Nada impede que o cedido adquira, no curso da cedência, por exemplo, direito à licença para tratar de interesses ou licença-prêmio (está só se legislação especial assim dispuser; à luz da Lei Estadual n.º 1.751/52, não), mas somente poderá gozar desse direito, adquirido antes ou durante a cedência, depois que esta terminar ou pedindo para que seja interrompida, de sorte a possibilitar que a entidade cessionária, quer por via de nova cedência quer por outra, possa preservar seu interesse de serviço.

Nesse contexto, parece melhor a inserção da idéia da “quiescência”, expressa por COUTO e SILVA (Parecer n.º 2740/74/CGE), entendida, porém diversamente: não para caracterizar a cedência sem ônus; mas, o que parece mais exato, para exprimir o descompasso a me-

nor do tempo de cedência para a aquisição de certos direitos funcionais e a impossibilidade de fruir qualquer deles no mesmo período, **independentemente do regime da mesma cedência**, de conformidade com o que se tem sustentado até aqui.

Ainda prevalece o público sobre o privado, como lhe é próprio, no que respeita ao gozo de férias, na medida em que o funcionário cedido gozará-as nos termos de seu estatuto.

Por outro lado, em ambas as modalidades de cedência, cessada essa situação, esvaziam-se os direitos eventualmente adquiridos em razão do decurso de tempo e próprias do regime funcional da cessionária.

8. Cumpre se examine agora a questão à luz da **Lei Estadual n.º 6.654/73**.

Esta refere os dois regimes de cessão de funcionários públicos em termos coincidentes com os acima expostos (art. 1.º, I, II e III); não estabelece distinções outras que a fonte pagadora da remuneração entre a cessão com ônus e a sem ônus, considerando igualmente “vencimentos” as quantias que complementar ou supletivamente recebam das entidades cessionárias, e dispondo que sobre elas incidirão as contribuições próprias da previdência social estadual (art. 1.º, IV).

O art. 2.º não é de fácil compreensão, mas, sem dúvida, nada tem a ver com a cedência sem ônus, enquanto tal, hipótese em que o vencimento do cedido será “igual ao salário que perceberia se empregado (...) fosse” (art. 1.º, III). Seu pressuposto é a “opção” a que se refere; opção na qual o funcionário decide trocar sua precariedade no mundo funcional da cessionária, pela definitiva imersão nele, hipótese essa que implica na exoneração do cargo, indicada a fim de não se configurar acumulação ilícita. Esse o verdadeiro sentido do art. 2.º que, como tal, deve ser compreendido dentro dos limites da definição constitucional da proibição de acumular, e não além.

Quanto mais não seja como repositório conceitual, conforta essa lei, cuja validade se discute, a exposição até aqui formulada sobre regimes da cedência. E nosso direito oferece exemplares sólidos de conceitos eficazes fundados em normas há muito sem aquela qualidade. Tome-se, por exemplo, o conceito de mercância apoiado no velho e famoso Regulamento 737, de 1850, de há muito revogado.

Complica-se o exame da Lei Estadual n.º 6.654/73, quando enfrentamos, não face ao seu conteúdo conceitual, no que se afigura impecável, mas no sentido formal, a disposição segundo a qual as quantias pagas pelas entidades cessionárias aos funcionários cedidos são "computáveis para todos os efeitos como vencimento", sendo os pagamentos efetuados "em nome do Estado" (art. 1.º, IV).

Há quem sustente ser essa disposição duplamente inconstitucional: em primeiro lugar porque antagonizaria o disposto no art. 98, parágrafo único, da Constituição Federal, que proíbe vinculação ou equiparação de qualquer natureza para efeitos de remuneração de pessoal do serviço público; em segundo lugar porque brigaria com o disposto no art. 26, item VII, da Constituição do Estado, na medida em que a fixação de estipêndios dos cargos públicos compete à Assembléia Legislativa, mediante iniciativa e com a sanção do Governador, vedada a delegação de competências, conforme manda o art. 6.º, parágrafo único da Constituição Federal, repetido pelo art. 4.º, parágrafo segundo, da Constituição Estadual.

A primeira objeção se torna mais clara se imaginarmos, na hipótese de cedência com ônus em que o funcionário cedido ainda perceba remuneração complementar paga pela cessionária, o aumento dos salários do quadro desta última a determinar **automaticamente** o aumento correspondente na parcela complementar do "vencimento" do cedido.

No que concerne à **primeira objeção**, e considerando o cunho proibitivo do parâmetro constitucional e a recomendável exegese estrita, parece não configurar a lei estadual o que não quer a norma constitucional. Com efeito, esta visa impedir a ressurreição de disposições le-

gais ordinárias aptas a provocar **aumentos em cascata**, referentes a **inteiras categorias de funcionários**. A lei estadual, ao contrário, visa regular, e no mérito o fez bem, não um sistema de aumento em cascata, mas o **tratamento unitário** da remuneração do servidor, a qual, **temporariamente**, se compõe de parcelas em si diversas, mas unificadas à luz da unidade dinâmica do Estado e dos critérios do regime próprio do servidor considerado.

Não estivera o funcionário cedido e nunca poderia pleitear remuneração total ou parcialmente referida à própria de funções semelhantes em sociedades de economia mista ou fundações instituídas pelo Estado.

A singularidade, temporariedade e excepcionalidade das situações que a Lei Estadual n.º 6.654/73 busca regularizar tornam-na não colidente com o escopo proibitivo do dispositivo constitucional.

Não se estabelece, na lei estadual, **nenhuma vinculação ou equiparação sistêmica**, o que seria, isso sim, inconstitucional; os critérios e padrões referentes aos vencimentos dos cargos públicos e dos empregados de entidades descentralizadas continuam sistemicamente estanques.

De outra parte, a norma constitucional não pode ser entendida com maior rigorismo, pois levaria a impasses tais como a impossibilidade de o serviço público contratar pela CLT, como vem sendo programado na área federal (Lei Federal n.º 6.185/74, arts. 1.º e 3.º), eis que neste regime a equiparação é norma básica, sem falar nos níveis de salário mínimo, geral e profissionais.

No que concerne à **segunda objeção**, cumpre apelar ainda uma vez ao entendimento estrito dos preceitos limitativos, para ler, na norma constitucional estadual, **estipêndios** com seu conteúdo próprio, enquanto a lei ordinária adota a expressão **vencimentos**, expressamente num conceito lato, **equiparando-os** para todos os efeitos, aos vencimentos em sentido estrito.

De outra parte, sem esquecer que a norma proibitiva das delegações existe de longa data nos textos constitucionais federais e estaduais, cumpre notar a existência, confortada pela reiteração do uso, de gratificações cujo valor é fixado discricionariamente pelo Governador, sem limite de número (Lei Estadual n.º 6.417/72, art. 5.º; Lei Estadual n.º 2.331/54, art. 24, parágrafo único).

Parece-nos, outrossim, não prevalecer a suspeita, também cogitada, de inconstitucionalidade do que dispõe o art. 4.º da Lei que se está a analisar, por infringente do limite fixado no art. 101, § 2.º da Constituição Federal, eis que a norma discutida visa apenas assegurar ao funcionário a que diz respeito, **proventos iguais aos vencimentos** que esteja a perceber no momento da jubilação, **nunca superiores**; caso inexistisse esse dispositivo na Lei Estadual n.º 6.654/73 e considerada a sistemática que a mesma adota ao equiparar a vencimentos, para todos os efeitos, as quantias complementar ou supletivamente pagas pela cessionária ao cedido, este, ao inativar-se, perceberia **menos** do que em serviço, o que é injusto.

Se dispositivo existe na Lei Estadual n.º 6.654/73 que possa ser considerado inconstitucional, este será o de seu art. 7.º, que fere o princípio da isonomia por inexistir razão para tratamento discriminatório de servidores que não gozam, em relação aos demais a que se refere a sobredita lei, de nenhuma vantagem que justifique a diferença.

Ainda que para argumentar apenas, fosse a Lei Estadual n.º 6.654/73 considerada no todo ou em parte inconstitucional, afigura-se-nos, com certeza, nenhum de seus dispositivos, exceção feita a seu art. 7.º, poderiam ser acoimados de portadores de vício **flagrante** para ensejar, segundo orientação largamente aceita, a possibilidade de seu descumprimento puro e simples.

A melhor doutrina, estribada por certo na preocupação com a **segurança** enquanto condição funcional do Direito, enfatiza que a lei, mesmo inconstitucional, **é lei**, existe como tal, ainda que nulamente exista e, anormalmente, mas positivamente, é eficaz, até que, julgada

inconstitucional nos termos do art. 116 da Constituição Federal, o Senado lhe suspenda a eficácia, com base no art. 42, VII da mesma Constituição.

9. Considerada constitucional a Lei Estadual n.º 6.654/73, ou quando menos eficaz, até que outra lei a revogue ou o Senado lhe suspenda a execução, ressalta do seu contexto o art. 3.º ao determinar que o tempo de serviço correspondente à cedência será computado, **para todos os efeitos, como se estadual fosse.**

Superam-se, assim, as restrições anteriormente apontadas e decorrentes do que dispõem os arts. 162, 166, 167 e 168 da Lei Estadual n.º 1.751/52, restritivas do cômputo do tempo de cedência para adquirir os direitos à licença-prêmio, gratificações adicionais, promoção e aposentadoria.

Resulta, assim, que em toda cedência regular de funcionário estadual ou autárquico para sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Estado, desprezada por flagrantemente desigualitária a exceção prevista no art. 7.º da Lei Estadual n.º 6.654/73, o **tempo de cedência** equivale, segundo expressão consagrada, a **serviço público estadual.** (2)

NOTAS

(1) O exacerbado descolorimento do negócio societário **real** como origem das sociedades de economia mista, bem como a inexistência de autarcia na grande maioria das fundações oficiais, conduzem o analista a ressaltar absolutamente a **unidade subjacente** e a considerar aquelas estruturas não mais que artifícios organizacionais, sem muita consistência como entidades diversificadas. O disposto no art. 178 do Decreto-lei n.º 200/67 ilustra bem esse entendimento ao determinar que "... empresas ou sociedades em que a União detenha a maioria do capital votante e que acusem ocorrência de prejuízo continuado **poderão ser liquidadas ou incorporadas** a outras entidades por ato do **Poder Executivo**, respeitados os direitos assegurados aos **eventuais acionistas minoritários, se houver**, nas leis e atos constitutivos de cada entidade" (grifou-

se). Na mesma linha de pensamento, o requisito estabelecido pelo item "b" do art. 2.º do Decreto-lei n.º 900/69 para constituição de fundações pelo poder público na esfera federal, procura restituir a autarcia a essas entidades.

(2) Concluindo-se pela constitucionalidade da Lei Estadual n.º 6.654/73, impõe-se reexaminar, agora, à luz desta lei, a distinção antes desenvolvida entre as fases da aquisição e da fruição dos direitos estatutários, particularmente no que concerne às férias e à licença-prêmio.

Com efeito, a fruição de direitos que impliquem em afastamento depende de requerimento que será deferido de modo a conciliar o direito do funcionário com o interesse do serviço. Essa discricão no deferir é limitada só no que respeita a férias, em razão da peculiar finalidade deste **direito-dever**; diz a lei que o funcionário "gozará **obrigatória e anualmente...**" (Estatuto, art. 100; grifou-se) de férias.

Bem diferente é a natureza da licença-prêmio, que é concedida em **reconhecimento** à assiduidade (veja-se o teor do art. 162 do Estatuto) e que, ao contrário das férias, pode não ser gozada para ser convertida em dobro, em proveito da aquisição e gozo de outros direitos (Constituição Estadual, art. 99; Estatuto, art. 165).

Nem fixa o Estatuto limite de prazo para deferir pedido de licença-prêmio; dispõe que será gozada no todo ou em parcelas não inferiores a um mês, de acordo com escala aprovada pelo chefe da repartição, **tendo em conta a necessidade de serviço** (Estatuto, art. 163; grifou-se).

Ora, se a cedência se dá **por necessidade de serviço**, enquanto perdurar seu fundamento este simultaneamente não existe para a fruição da licença-prêmio, eis que esta, uma vez requerida, como vimos, será deferida atendendo-se à necessidade de serviço.

A eventual alegação de que as cedências podem ser por prazo indeterminado e que, assim sendo, o entendimento adotado frustraria a fruição do direito à licença-prêmio, não procede, em primeiro lugar,

porque a cedência sem limite de tempo contraria o art. 35 dos Estatutos, o art. 15 do Decreto n.º 21.112/71 e **contraria a prática consagrada na administração pública estadual.**

Em segundo lugar, o desatendimento **capcioso** à pretensão do interessado em gozar licença-prêmio encontra uma barreira específica ao que dispõe o parágrafo único, do art. 163 do Estatuto e, configura, o que é muito mais importante, **abuso de direito** contra o qual tem remédio a ordem jurídica.

Evidentemente, admissível é, até para atender o interesse do serviço da entidade cessionária, que a cedência se interrompa e se retome ao ritmo da escala de gozo da licença-prêmio do funcionário cedido, eis que é bem possível que tal composição atenda melhor ao interesse da cessionária em não perder o desfrute das qualidades especiais do cedido.

De qualquer forma, porém, ainda assim a fruição da licença-prêmio não se cumulária com a cedência, de sorte que, mesmo considerados vencimentos, nos termos da Lei Estadual n.º 6.654/73, as quantias pagas complementarmente pela cessionária ao cedido, **estas cessariam porque cessaria a cedência**, ainda que nos termos da alínea anterior, **enquanto houvesse gozo da licença.**

Na verdade, porém, o que a Lei Estadual n.º 6.654/73 diz é que as cedências de que trata são consideradas para **todos** os efeitos como **serviço público estadual.**

Se a equiparação fosse apenas para adquirir, e não para gozar, os direitos estatutários, ela se não estaria fazendo para os efeitos que a lei quer, que são **todos.**

Esse dispositivo legal, em que pese alguns problemas que projeta para a economia interna das cessionárias, em matéria de legislação trabalhista, pela equiparação das vantagens de seus empregados propriamente ditos com aqueles que só o são na medida de suas cedências, vem

ao encontro das mais atualizadas correntes doutrinárias e jurisprudenciais em face da relatividade da consistência de certas entidades personalizadas.

Assim, se razão houvesse nos termos da Lei Estadual n.º 1.751/52 para distinguir a **aquisição** da **fruição** dos direitos estatutários pelo funcionário público cedido a sociedades de economia mista e fundações oficiais independente do regime da cedência, tal razão não prevalece ante o teor da Lei Estadual n.º 6.654/73 que, no fundo, mais não faz do que reconhecer a realidade.