

damento da dispensa é outro e mais forte, ou seja, a não obrigatoriedade de licitação no caso em exame.

23. Pode, neste caso, a Consulente deixar de realizar nova concorrência para a mesma obra licitada anteriormente, porque ela não estava obrigada a licitar para contratar. A concorrência anterior resultou, tão somente, de deliberação espontânea da Diretoria e não de imposição legal ou estatutária, como já demonstramos nos itens precedentes. Desde que não estava, como não está obrigada a por em concorrência suas obras, a Diretoria poderá escolher livremente a empresa construtora e com ela contratar o trecho da obra desejada, não obstante tenha havido licitações anteriores sem sucesso.

24. Nas entidades de direito privado, a liberdade de contratação é a regra; a licitação é a exceção. Daí porque só é obrigatória quando exigida por lei ou por disposição estatutária. Outro entendimento levaria as sociedades anônimas, ainda que de economia mista, à estatização, o que contrariaria o desejo do Poder Público de utilizar-se dessas empresas com a sua liberdade de ação e de contratação, sem as peias estatais da administração centralizada. Para o controle da atuação da Diretoria, existem os conselhos consultivos, os conselhos deliberativos, os conselhos fiscais e as assembléias gerais de acionistas, que podem aprovar ou desaprovar a conduta diretiva da empresa e até mesmo destituir os seus dirigentes, se atuarem contra os interesses ou as finalidades da sociedade. O que não se justifica é o cerceamento da liberdade operacional e contratual das empresas privadas, ainda que paraestatais, equiparando-as aos órgãos estatais, na rígida submissão às normas de funcionamento das repartições públicas centralizadas.

VII — RESPOSTAS AOS QUESITOS

25. Examinada a situação da Consulente em face da documentação apresentada, da legislação e da doutrina aplicáveis às suas contratações de obras e serviços, passamos a responder sinteticamente aos quesitos, nos seguintes termos:

Ao 1.º quesito

A Consulente, sociedade de economia mista sob a forma anônima, é pessoa jurídica de direito privado e, como tal, não está sujeita à legislação federal (Decreto-lei n.º 200/67 e Lei n.º 5.456/68) nem à estadual sobre licitações de *obras e serviços* (Lei n.º 10.395/70). Por outro lado, a única lei municipal extensiva às sociedades de economia mista do Município de São Paulo (Lei n.º 4.074/51) não abrange a contratação de *obras e serviços*.

Ao 2.º quesito

A Consulente pode adotar, para as suas licitações de obras e serviços, no que couberem, as disposições da Lei estadual n.º 10.395, de 17 de

dezembro de 1970, bastando que indique essa adoção nos respectivos editais e convites.

Ao 3.º quesito

Se a Consulente vier a adotar a Lei estadual n.º 10.395/70, para suas licitações, ficará sujeita às suas disposições aplicáveis a uma sociedade de economia mista, notadamente na elaboração do edital, habilitação dos licitantes, julgamento das propostas, formalização do contrato e recursos cabíveis.

Ao 4.º quesito

A desclassificação do único licitante da segunda e última licitação do “Trecho 4-Norte” é irrelevante para a dispensa de nova licitação para o mesmo trecho, visto que a Consulente não estava obrigada e não se obrigou por ato de sua Diretoria, a realizar concorrência para essa obra. Pode, portanto, por ou não em concorrência o mesmo “Trecho 4-Norte” e qualquer outro trecho, segundo as suas conveniências, pois, como já vimos, não há lei que a obrigue a esse procedimento para contratar suas obras e serviços, como empresa privada, embora de economia mista.

É o nosso parecer, s.m.j.

São Paulo, 6 de abril de 1971.

HELY LOPES MEIRELLES
Professor da Universidade de São Paulo

SUSPENSÃO DISCIPLINAR FUNDADA EM DISPOSITIVO REVOGADO. NULIDADE. DECRETO-LEI N.º 440, DE 1970

Arthur de Carvalho Azevedo, médico, chefe da Seção de Cardiologia do IASEG, que também serve a título honorífico no Gabinete do Ministro da Saúde como assessor especial para assuntos Córdio-Vasculares, foi designado por essa autoridade para representar aquele Ministério no V Congresso Sul Americano de Cardiologia, realizado em Assunção, Paraguai, no período de 6 a 11 de setembro último.

Ausentou-se o servidor para cumprir dita missão, dando conhecimento prévio disso a seus superiores hierárquicos (fls. 7 e 9/10 do Processo n.º 01/204 597/71, apenso).

Ao retornar, viu-se punido com a pena de suspensão por dez dias, segundo Portaria “P”, de 20/9/71, do Senhor Presidente do IASEG (fls. 7) por se ter ausentado

“... do País sem prévia solicitação a seus superiores hierárquicos e autorização da competência exclusiva de Sua Excelência o Senhor Governador do Estado.”

A punição foi calcada nos preceitos do art. 13 do Decreto n.º 13.612, de 29/9/57, e art. 3.º do Decreto n.º 964, de 3/4/62, esclarecendo-se que o servidor infringiu o inciso XV do art. 197 do Decreto-lei n.º 100, de 1969 (Estatuto).

Inconformado, o servidor recorre da penalidade esclarecendo que não teve o propósito de violar os princípios da disciplina e hierarquia, pois deu ciência dos motivos de sua ausência aos seus superiores, e que somente foi avisado de sua designação para a missão em causa no dia 2 de setembro, quinta-feira (doc. de fls. 9), isso quando o Congresso de Cardiologia se reuniria no dia 6 (segunda-feira). Por isso, tendo que viajar às pressas, e premido pela carência do tempo, pois lhe restava apenas um dia útil (sexta-feira), ausentou-se sem poder atender à rotina burocrática para o afastamento.

Concluindo, o recorrente salienta a importância do comparecimento de um representante do Governo brasileiro ao citado conclave científico, inclusive para o próprio IASEG, pois apresentou dois trabalhos da Seção de Cardiologia da entidade, e pede ao Exmo. Sr. Governador que cancele a punição e homologue o seu afastamento no período e para o fim referido.

Ouvido o IASEG por determinação do ilustre Secretário de Administração, manifestou-se, às fls. 21/24, funcionário da autarquia, diretor de sua Divisão de Administração, que se opôs ao recurso, alegando que o servidor se limitara a repetir fatos já de conhecimento da autoridade e argüidos no expediente do qual resultou a punição contestada; e finaliza por afirmar que a designação do recorrente para a função gratificada que exerce deveria ser anulada porque não condizente com as prescrições legais vigentes à época em que ela se verificou.

O digno presidente do IASEG não encampou expressamente a informação daquele seu subordinado, limitando-se a encaminhar o processo ao ilustre Secretário de Administração, pedindo que fosse a matéria submetida ao Exmo. Sr. Governador.

Assim o fez o titular da aludida Pasta, tendo o Exmo. Sr. Governador determinado a audiência desta Procuradoria Geral.

Parece-me, data venia, que o primeiro exame a se fazer no processo diz respeito à legalidade do ato disciplinar; embora nesse particular nada tenha sido objetado pelo recorrente, não pode esta Procuradoria Geral se furtar a essa tarefa, atendendo-se a que uma de suas atribuições específicas é o exercício do controle da legalidade no âmbito da Administração.

Pela referida portaria do Senhor Presidente do IASEG (fls. 14/15 do Processo n.º 01/204 597/71), entendeu-se que o servidor praticara falta grave por haver descumprido dispositivos dos Decretos n.º 13.612, de 24/9/57, e 964, de 13/4/62. Ora, verifica-se, de plano, que ambos os textos já não estão mais em vigor. O primeiro deles (Decreto n.º 13.612/57, na parte em que cuidava dos afastamentos em missão ou estudo, foi revogado tacitamente pelo Decreto n.º 483, de 18/10/65, que tratou da mesma matéria. Quanto ao Decreto n.º 964/62, foi revogado expressamente pelo art. 16 do mesmo Decreto "N" n.º 483/65.

Acrescente-se que o Decreto n.º 13.612/57, ao configurar, no seu art. 13, como falta grave o afastamento do servidor sem a prévia autorização do Prefeito, também ficou em desacordo com a legislação estatutária posterior à Lei n.º 880/56 (que ali se regulamentava), vale dizer com a Lei n.º 1.163/66 e com o vigente Decreto-lei n.º 100/69.

De fato, pelo Decreto-lei n.º 100/69 (como já havia estabelecido a Lei n.º 1.163/66), e se vê do próprio Decreto "N" n.º 483, de 1965, não se comina sanção própria para o servidor que se afaste do exercício (seja em missão ou por qualquer outro motivo) sem autorização. Do contexto estatutário, o que se depreende é que o funcionário, em tais condições, perderia o vencimento (art. 139, item I) e o tempo de serviço (art. 83, item XII), ficando sujeito à pena de repreensão por escrito, se a ausência não tivesse justificativa (art. 206 c/c o item XV do art. 197, e art. 196, item I), podendo ser submetido eventualmente a processo administrativo por abandono de função, se o afastamento excedesse a 30 dias consecutivos (art. 209, § 1.º).

Nesse passo, verifica-se que a Portaria do IASEG também não se ajustou à lei quando quis dar como punível, com a suspensão, o descumprimento do comando do art. 197, inciso XV, do Estatuto. Como se disse acima, a pena cominada para esse descumprimento do dever de assiduidade (art. 196, item I), é a *repreensão por escrito* (art. 206) se a ausência ao trabalho não tiver justificativa (que se presume deva ser aceitável).

É evidente que se o servidor não quiser ficar sujeito à perda do vencimento e do tempo de serviço e às outras cominações legais já mencionadas, deverá postular, junto ao Exmo. Sr. Governador, a autorização para que possa cumprir a missão ou realizar o estudo.

Conseqüentemente, o ato praticado pelo digno presidente do IASEG é nulo, e deve ser declarado como tal, porque calcado em legislação revogada e com aplicação de penalidade não condizente com a infração que se alega.

No caso, se a ausência ao serviço não tivesse justificativa, poderia se apenar o servidor com a repreensão por escrito, *ex-vi* do disposto no art. 197, item XV do Decreto-lei n.º 100/69. Ocorre, todavia, que o servidor se ausentou justificadamente, pois o fez com o propósito de cumprir missão do Governo brasileiro, representando-o em reunião médica de caráter internacional. Além disso, deu conhecimento prévio do fato aos seus superiores hierárquicos, que não só não negaram agora o fato (fls. 7/8 e 9/10 do Processo n.º 01/204 597/71, apenso), como naquela oportunidade não opuseram quaisquer embargos à sua partida para o Paraguai, deixando-o convencido da licitude de seu ato. Não bastasse isso, as explicações e os documentos trazidos por ele ao processo demonstram cabalmente que apenas a falta de tempo hábil o impediu de solicitar a autorização governamental para o exercício daquela importante Missão no exterior.

Esclareça-se que o servidor pede, agora, que o Exmo. Sr. Governador se digne homologar o seu afastamento, de modo a considerá-lo como missão para os efeitos estatutários.

Nesse particular, verifica-se que, legalmente, não há qualquer óbice ao atendimento do pedido. Embora se depreenda que tal autorização deva, em princípio, anteceder à ausência do servidor, tem-se que a lei nova não mais usou a expressão *prévia*, tal como existia na legislação anterior, o que mais reforça a possibilidade da autorização governamental *a posteriori*.

Essa decisão, no entanto, se situa na esfera de discricionariedade e conveniência do Exmo. Sr. Governador, a quem caberá decidir se a tarefa que o Governo Federal, através do Ministério da Saúde, conferiu ao servidor, deve merecer o despacho pleiteado. Com essa medida, ser julgada oportuna, evitar-se-ia que a missão de que o servidor se desincumbiu, sem quaisquer ônus para a Guanabara, acabasse por representar para ele um verdadeiro prejuízo.

Por fim, e ainda no exercício daquele controle da legalidade, é de se examinar a alegação do IASEG de que a situação do servidor — como titular de função gratificada — estaria em desconformidade com os preceitos da Lei n.º 440, de 9/7/70.

O Decreto-lei n.º 440, de 9/7/70, contém duas ordens de normas: uma, que diz respeito ao regime jurídico a que se submetem os contratados no exercício do cargo em comissão ou da função gratificada (suspensão do contrato de trabalho, percepção, a título de retribuição, do valor correspondente ao símbolo do cargo ou função, artigo 1.º); e outra, que fixa os pressupostos necessários à *designação* para o exercício de *função gratificada*. No artigo 4.º, dispõe o referido Dec.-lei que “os atuais servidores contratados, que na data deste Decreto-lei, encontram-se no exercício de cargos em comissão ou funções gratificadas, ficam incluídos no regime jurídico ora instituído”. Esta inclusão diria respeito só às normas fixando o regime para o *exercício do cargo ou função*, ou também se aplicariam àqueles já em exercício as novas condições previstas como essenciais à *designação*?

Parece-me que só aquelas primeiras regras, despeitantes ao exercício do cargo ou função, foram estendidas aos contratados que já os ocupavam à época do Decreto-lei, uma vez que o seu artigo 4.º fala apenas em condições de *designação* e não condições de *exercício*.

O que parece mais razoável é — à falta de menção expressa — entender que o preceito do artigo 3.º diz respeito apenas às designações a serem feitas após a lei, operando para o futuro. Demais, inexistente qualquer norma mandando dispensar aqueles servidores já designados e que não atenderiam às novas condições de designação, o que reforça o entendimento de que tais condições vigorariam apenas para o futuro.

É o meu parecer,

S.M.J.

Em 14 de outubro de 1971.

PETRÔNIO DE CASTRO SOUZA
Procurador-Chefe da Procuradoria de
Assuntos do Pessoal

Subscrevo inteiramente as considerações expendidas no parecer do Procurador PETRÔNIO DE CASTRO SOUZA. De fato, o ato recorrido é *nulo*, e como tal deve ser declarado, eis que apoiado em decretos já revogados.

Outrossim, se punição coubesse *in casu*, e para tanto novo ato teria de ser expedido, tratar-se-ia de repreensão escrita, *ex vi* do artigo 206 do Decreto-lei n.º 100 (combinado com os artigos 196, I, e 197, XV).

Quanto à pretendida homologação, *a posteriori*, da ausência, trata-se de matéria integralmente situada na esfera de discricionariedade de V. Exa., que livremente avaliará a circunstância de ter o servidor em causa, sem ônus para os cofres públicos, e em atendimento a pedido do Ministro da Saúde, desempenhado missão altamente honrosa, inclusive para o próprio IASEG, eis que o Congresso a que compareceu apresentou dois trabalhos referentes à Seção de Cardiologia daquela autarquia.

Por fim, sem qualquer fundamento a pretendida aplicação *in casu* do Decreto-lei n.º 440; sua incidência, da forma sugerida pelo IASEG, caracterizaria aplicação retroativa da lei, o que é constitucionalmente vedado.

Rio de Janeiro, 14 de outubro de 1971

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO
Procurador-Geral do Estado

**TEMPO DE SERVIÇO ANTERIOR À READMISSÃO. CONTAGEM.
DECRETO-LEI N.º 100, DE 1969, ARTS. 83 E 84**

Atendendo a consulta formulada em maio de 1971 pelo ilustre Secretário de Administração, emiti, em junho do mesmo ano, o Parecer n.º 8/71-PCS (fls. 26/30), no qual ficou esclarecido que o tempo anterior à readmissão do servidor somente é computável para efeito de aposentadoria e disponibilidade, *ex vi* do disposto no artigo 68 do Decreto-lei n.º 100/69.

Agora, por instâncias do digno Diretor do Departamento Geral do Pessoal, a mesma autoridade formula indagação complementar da anterior, a saber: se o entendimento do citado parecer se aplica aos detentores do cargo efetivo de Engenheiro que anteriormente exerciam funções como contratados.

I

Como se disse então, o Estatuto dos Funcionários é que define os vários tempos de serviço que possui o servidor e estabelece para que fins podem eles ser aproveitados. A legislação estatutária, portanto, diz o que deve ser considerado como de *efetivo exercício* (computável para qualquer fim, salvo restrições da legislação específica); é ela, por igual, que impõe limitações na contagem dessa ou daquela frequência.