#### **CONSULTA**

"Em 1996, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 449-2, entendeu que, em sendo o Banco Central uma autarquia, seus empregados estariam submetidos ao disposto no art. 39 da Constituição Federal, devendo integrar o Regime Jurídico Único, conforme preceituado pela Constituição de 1988, que uniformizou o regime jurídico dos servidores civis da União, caindo por terra as especifidades constantes do híbrido regime anterior.

Uma das decorrências desta mudança tem sido a progressiva deterioração da carreira de Especialista do Banco Central, tendo em vista o esgotamento das perspectivas de crescimento e o rebaixamento da condição previdenciária dos servidores. Este fato tem um impacto perverso sobre a gestão do Banco Central na medida em que favorece a evasão e a rotatividade, em especial, dos melhores quadros, impossibilita a implementação de sistemas de gestão das pessoas baseados em resultados, bem como leva à perda de referenciais de accountability.

A construção de um conjunto de soluções para este problema requer a exploração acerca da possibilidade de se interpretar o entendimento do STF face ao novo ordenamento ju-

rídico originário da EC 19, no sentido de se estabelecer um regime especial (preferencialmente celetista) para os servidores do BA-CEN que garanta, inclusive, a existência de uma entidade de previdência própria.

Nesse sentido, a elucidação das questões abaixo relacionadas é de fundamental importância para a construção de alternativas que viabilizem a adoção de soluções adequadas à relevância das funções desenvolvidas pela Instituição:

- Qual seria o alcance da decisão do Supremo Tribunal Federal frente ao novo ordenamento decorrente das emendas constitucionais nº 19 e 20?
- Seria possível a transposição dos atuais servidores do quadro estatutário para o regime celetista, bem como a contratação de novos quadros nesse regime?
- Esta mudança deveria ser necessariamente opcional ou poderia ser compulsória?
- Quais os instrumentos legais necessários ao restabelecimento do regime celetista?
- Haveria necessidade de uma lei complementar (ou ordinária) especifica ou apenas a regulamentação do art. 192 da Constituição Federal, que dispõe sobre a organização do

sistema financeiro nacional, poderia incluir esta disposição?

- Na impossibilidade de adoção do regime celetista, seria possível a concepção de um regime especial (um regime de emprego público contratual diferenciado do celetista e do estatutário) que pudesse contemplar um regime previdenciário complementar próprio?
- Caso isto seja possível, quais as medidas necessárias para sua implementação?

Tendo em vista o exposto, vimos consultar Vossa Excelência sobre a possibilidade da elaboração de parecer jurídico que contemple as questões suscitadas, como base para respaldar viabilidade de uma solução adequada ao problema em questão".

#### PARECER

# I — O REGIME JURÍDICO DO PESSOAL DAS AUTARQUIAS

1. A Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990, instituiu o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias, inclusive as de regime especial, bem como das fundações públicas federais (art. 1º).

Deu-se, assim, cumprimento ao que, originariamente, dispunha o artigo 39, *caput*, da Constituição:

Art. 39 — A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito da sua competência, regime jurídico único e

planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

.....

2. Até então, vigia a norma do artigo 252, inciso II, da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, que mandava aplicar o estatuto dos funcionários públicos civis da União aos servidores das autarquias, no que coubesse.

Art. 252 — O regime jurídico deste estatuto é extensivo:

I — aos demais extranumerários, aos servidores das autarquias e aos serventuários da Justiça, no que couber.

Aplicando essa norma, a jurisprudência administrativa e a judicial sustentaram que o pessoal das autarquias se regia por lei própria e, havendo compatibilidade, pelas disposições do estatuto dos funcionários civis.

O Consultor-Geral da República, Carlos Medeiros Silva, no parecer nº 433-T, de 12 de julho de 1954, aprovado pelo Presidente da República, depois de lembrar igual opinião de CAIO TÁCITO, então Consultor Jurídico do DASP, no sentido de que a aplicabilidade do estatuto às autarquias afere-se pela compatibilidade de suas regras à "natureza da função pública considerada" (RDA 34/1) e após invocar, também, os votos proferidos pelos Ministros Nelson Hungria e Mário Guimarães, no julgamento do recurso extraordinário nº 17.140, em 13 de agosto de 1951, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal,¹ concluia:

"9 — Apesar de não serem funcionários

O Relator, Ministro NELSON HUNGRIA, afirma no seu voto: "Não tenho dúvida em reconhecer que se estende aos funcionários das autarquias ou entidades paraestatais os princípios gerais do Estatuto dos funcionários públicos, notadamente no que diz respeito à "relação jurídica de emprego", sua formação, curso, regime disciplinar, destituição e etc. Os regulamentos dessas entidades de direito público, no tocante à disciplina das relações destas com os seus empregados, não podem afastar-se dos critérios centrais adotados para os funcionários públicos em geral, desde que não incompatíveis com as exigências especiais ou peculiaridades do serviço autárquico (Demicheli, "Los entes autónomos", § 140). Delegados do Estado a respeito de determinados "serviços públicos" ou de serviços que incidem no desdobramento finalístico do Estado, esses institutos, não obstante sua autonomia administrativa, estão adstritos à unidade de princípios normativos da administração pública em geral. Seus estatutos não podem divergir das regras fundamentais do estatuto dos servidores do Estado (Bielsa, "Derecho Administrativo", III pág. 69; Ranelletti, "Istituzioni di Diritto Publico", nº 381). Seus funcionários gravitam na órbita jurídica dos funcionários públicos (D'Alesio, "Diritto Amministrativo", I, pág. 492), de tal modo que qualquer

públicos, em sentido estrito, conforme procurei demonstrar no Parecer 231-T e 299-T (Revista de Direito Administrativo, vol. 32, pg. 366 e Pareceres do Consultor Geral da República, vol. III, setembro de 1952 a março de 1953; idem Pareceres do Consultor Geral da República, vol. IV abril de 1953 a janeiro de 1954, pág. 207), estão hoje sujeitos, por força de lei, os servidores autárquicos, às normas estatutárias, no que couber.

- 10 E, de acordo com a evolução doutrinária e jurisprudencial a regra do novo Estatuto deverá traduzir-se pelo intérprete, da seguinte forma: O pessoal de cada autarquia está sujeito, em primeiro lugar, às normas legais que a elas visem diretamente; em seguida às normas estatutárias, havendo compatibilidade.
- 11 Quanto aos regulamentos, que são textos de menor hierarquia, devem prevalecer somente aqueles que, baixados para pessoal autárquico, sejam complemento direto e necessário da lei anterior com o mesmo destinatário.
- 12 Mas se a lei especial, visando aos autárquicos, foi omissa e a lacuna encontrar remédio no Estatuto, não pode ela ser completada por via regulamentar, ou com os recursos normais da hermenêutica jurídica" (RDA 38.1403, esp. pgs. 404-405).

Coube a CAIO TACITO, logo no primeiro ano da vigência da Lei nº 1.711, de 1952, fixar-lhe a universalidade do alcance e indicar as hipóteses em que se haveria de lhe excluir a aplicação, uma vez que é "lei peculiar aos servidores permanentes do Poder Executivo, excetuados os que estão sujeitos a leis espe-

ciais" (grifei); tocou-lhe explicar, igualmente, a extensão do novo estatuto, no que couber, aos servidores das autarquias e aos serventuários da Justiça.

Sobre esse último ponto disse CAIO TÁCI-TO que a

"pedra de toque, em ambos os casos, será o mesmo critério da compatibilidade entre os ditames estatutários e a natureza da função pública considerada".

(RDA 34/l, esp. pgs. 6 e 7, Grifei).

HELY LOPES MEIRELLES, no ensaio doutrinário, Autarquias e Entidades Paraestatais (R.T. 322/19), negando à autarquia a qualificação jurídica da paraestatalidade, define o serviço autárquico como "direto e próprio do Estado, porque a autarquia é um prolongamento do Poder Público", que "não recebe atribuições estatais por delegação, mas por via institucional. Executa o serviço público diretamente e in nomine proprio" (pág. 20).1

Esse saudoso administrativista, tal como CAIO TÁCITO, destaca a especificidade das atribuições públicas das autarquias como um dos seus atributos essenciais, ao lado da personalidade de direito público e do patrimônio próprio.

Valorizando o escopo ou fim da autarquia, como instituição, HELY L. MEIRELLES esclarece que não sendo ela entidade estatal, mas desmembramento do poder público, "pode diversificar-se das repartições públicas para adaptar-se às exigências específicas dos serviços que lhe são cometidos", assim se explicando que se governem "por estatutos peculiares à sua destinação." Conclui a ex-

modificação essencial no estatuto destes há de refletir-se no daqueles. As "ordens de serviço" emanadas da presidência das entidades paraestatais, conseqüentemente, não podem deixar de se afeiçoar a essas modificações, salvo quando estas sejam antinômicas com tal ou qual excepcional condição do instituto autárquico" (grifei).

1 Classificando e conceituando as pessoas jurídicas públicas, FRANCESCO D' ALESSIO (Istituzioni di Diritto Amministrativo, vol. I, Torino, 1949, UTET) alinha, entre as não-territoriais, a corporação e a instituição, qualificando esta última pela preponderância do escopo que lhe serve de elemento primário ("L'elemento primario della istituzione è lo scopo, costituito della soddisfazione di un interesse che non trovasi in nessun rapporto di collegamento nè colle persone" ... "nè coi beni" ... "Ma, una volta posta tale norma, [norma fundamental] la vita della istituzione se svolge independentemente della volantà sia del fondatore che dei destinatari, ed è, invece, regolata dalla voluntà dei suoi organi". pg. 262-263).

posição desse ponto afirmando: "Essa capacidade de adaptação dos meios aos fins é que justifica a criação de autarquias, como formas adequadas à prestação de determinados serviços públicos" (pg. 25). Abonando essa conclusão, cita a opinião de TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, segundo a qual elas "foram criadas, precisamente, para estabelecer regimes diferentes, técnicos, administrativos e jurídicos, adaptados às exigências de cada órgão para que elas possam realizar a tarefa própria fora dos padrões comuns ao exercício da administração pública" (Pag. 25, grifei).

A explicação mais franca e mais clara do inciso II, do artigo 252, da Lei nº 1.711, de 1952, deu-a J. GUIMARÃES MENEGALE:

"No concernente a eles, aos servidores de autarquia e aos serventuários da Justiça, enxertou-se no nº II a cláusula no que couber, fonte de controvérsias, hoje, pode-se dizer, aplacadas. A vacilância na interpretação do inciso resultava, pelo geral, em detrimento das pretensões dos funcionários autárquicos: quando se cogitava de obrigações, preponderava o regime jurídico do Estatuto; se pleiteavam direitos ou vantagens, à sombra do Estatuto, era o regime especial da autarquia que se impunha. Essa esperteza, que chegou a contaminar a mentalidade judicial, remanesce em certas decisões, conquanto não se justifique em face de simples análise jurídica. O regime primário do funcionário de autarquia é o de sua legislação própria, específica. Direitos e obrigações, que, antes de quaisquer outros, lhe dizem respeito, são os constantes de seu estatuto particular, ao qual não preleva o Estatuto dos Funcionários Públicos. Nem se concebe a concorrência de duas normas, para regerem, em relação a ele, a mesma matéria, nem tampouco tem a norma do Estatuto dos Funcionários Públicos força para se sobrepor, na hipótese, à da legislação da entidade autárquica, ou para torná-la inoperante. Frisemos tratar-se do confronto de duas normas legais. Quando, porém, o contraste se verificar entre uma norma legal e uma norma regulamentar, princípio elementar da hierarquia das leis assegura a preeminência da primeira. Logo, no encontro do Estatuto dos Funcionários Públicos com a legislação da autarquia sobre seus funcionários cabe a esta a precedência; mas os regulamentos da autarquia, mesmo que anteriores ao advento do Estatuto dos funcionários Públicos, têm de ceder lugar a este...".2

3. Cuidando do regime jurídico do pessoal das entidades autárquicas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que "os servidores de autarquia não são funcionários públicos; estão sujeitos a um regime, a um estatuto particular. Para certos efeitos estão equiparados aos funcionários públicos. Essa equiparação, todavia, não impede tenham eles um estatuto especial."<sup>3</sup>

Antes mesmo do advento do estatuto dos funcionários de 1952, o antigo Tribunal Federal de Recursos assentou que os servidores de autarquias não são funcionários públicos (RDA 24/198). Vigente a Lei nº 1.711, de 1952, aquele Tribunal manteve esse entendimento. (RT 285/379).

Também o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afirmou que o "servidor autárqui-

<sup>1</sup> A. A. CONTREIRAS DE CARVALHO, Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado, vol. II, Edição Revista Forense, 1955, pg. 246, opinou no sentido da extensão da Lei nº 1.711, de 1952, aos servidores de autarquias "no que diz respeito aos direitos e garantias que outorga aos funcionários em geral, com a mesma amplitude" ... "sem quebra, porém, do princípio, da autonomia de que gozam essas entidades de Direito Público". Antes, ressalvara, à pg. 241, que essa extensão no que couber "é no que não colidir com a natureza do seu regime, ou com as expressas disposições das leis especiais, que regulam aquelas relações" ...

<sup>2</sup> J. GUIMARÃES MENEGALE, O Estatuto dos Funcionários Públicos, vol. II, Forense, pgs. 706-707.

<sup>3</sup> RDA 27/132, apud HELY LOPES MEIRELLES, op. cit. pg. 27, nota 25. O mesmo autor indica outros julgados do STF, no mesmo sentido: Arq. Judiciário, vols. 93/99 e 110/93; Rev. Forense, vol. 137/442; do TFR, RDA 24/205; do TJSP, RT 283/316 e 285/379.

co não é funcionário público em sentido estrito; cada um tem seu regime próprio de trabalho e de vencimentos" (RDA 89/124) e, com essa fundamentação, negou a transferência de servidor autárquico para a administração do Estado, porque "não há transferência de servidores de uma pessoa jurídica para outra", só se podendo tal coisa "realizar dentro da mesma Administração e não entre Administrações diferentes como é o serviço centralizado do Estado e o serviço autárquico do IPESP." (RDA 89/124, esp. pg. 126).

# II — O REGIME JURÍDICO ÚNICO DA CONSTITUIÇÃO DE 1998

4. Como já referi (item 1), o artigo 39, da Constituição, com a redação que tinha antes da emenda constitucional nº 19, de 1998, mandava instituir regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. Por julgá-lo incompatível com esse preceito, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 251, da Lei nº 8.112, de 1990, segundo o qual os servidores do Banco Central continuariam a reger-se pelas leis então em vigor, até que se editasse a lei complementar de que trata o artigo 192, da Constituição.

Suprimida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, a norma constitucional que obrigava a adoção de regime único para os funcionários públicos e os servidores autárquicos (art. 39, caput), tornou-se indiscutível a possibilidade jurídica do estabelecimento de regras próprias para disciplinar a relação de emprego do Banco Central com seus servidores, de acordo com as leis, a jurisprudência e a doutrina que informam a criação, a organização e o funcionamento das autarquias no Brasil.

Em tema de disciplina normativa da relação de emprego nas autarquias, continua válida a proposição fundamental do Consultor-Geral da República (v. item 2), constituída de três afirmações que se integram e completam: 1) o pessoal de cada autarquia sujeita-se primeiro às normas legais especificas e próprias; 2)

depois às estatutárias; 3) mas somente se houver compatibilidade entre elas e a natureza da função pública considerada. É mister, contudo, ter presente que as antigas disposições legais que regiam a relação de emprego e o regime de trabalho nas autarquias federais, tendo sido revogadas por incompatíveis com a primeira redação do artigo 39, da Constituição de 1988; não repristinam (L.I.C.C., art. 2º, §§ 1º e 3º). Assim e tendo em vista a natureza da função pública exercida pelo Banco Central, parece não só possível, mas imperativo, que se dê disciplina normativa própria aos seus servidores.

### III — A FUNÇÃO DO BANCO CENTRAL

5. A Constituição dá ao Banco Central a condição de instituição financeira:

Art. 192 — O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

IV — a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central, e demais instituições financeiras públicas e privadas;

V — os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo;

Os traços essenciais das instituições financeiras, que as singularizam, são a intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros e a custódia de valor de propriedade de terceiro (Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, art. 17). Mas o Banco Central, da vasta gama de operações de intermediação e custódia, exerce algumas com exclusividade, dentre as quais enumeram-se, exemplificativamente, a emissão monetária, o empréstimo aos bancos (lender of last resort), o depósito de reservas oficiais (ouro, moeda estrangeira e direitos especiais de saque), a regulação do mercado cambial e a representação do governo brasileiro perante insti-

tuições financeiras internacionais (Lei nº 4.595, de 1964, art. 10).

Na última década deste século, contudo, tem-se atribuído aos bancos centrais a formulação e a execução da política monetária, com um considerável grau de independência e o compromisso de alcançar as mais baixas taxas de inflação e assegurar a estabilidade da moeda.<sup>1</sup>

É o que ocorre em alguns países da América Latina e da União Européia, estes a tanto compelidos pelas estritas regras do tratado de Maastrich.

6. Sobre a pertinência da atividade bancária ao rol das que são inerentemente estatais, pronunciou-se negativamente o Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários nºs 115.062-9, 115.891-RS (RTJ 128/419), 120.932-RS (RTJ 141/273), este com embargos de declaração julgados em 12 de maio de 1992 (RTJ 141/973) e, enfim, no Agravo de Instrumento (AgRg) nº 148.917-PR (RTJ 156/268).

O acórdão lavrado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no R.E. nº 115.891-RS, abstraindo o atributo da personalidade pública da autarquia e sua condição de ente estatal, negou aos seus créditos oriundos de negócios jurídicos bilaterais, consensuais e sinalagmáticos a possibilidade de serem inscritos na Dívida Pública e cobrados mediante executivos fiscais, porque a concessão de tais privilégios ao credor de obrigações que se regulam pelo direito privado contraria o disposto no parágrafo 2º, do artigo 170, da E.C. nº 1, de 1969, que então vigia.

Com maior razão, tais privilégios são hoje inadmissíveis, tendo em vista as disposições dos parágrafos 1º e 2º, do artigo 173, da Constituição de 1988, que prescreve o regime jurídico de direito privado à atividade econômica, ainda quando explorada por entes paraestatais (§ 1º) que não poderão gozar de prerrogativas do Fisco não extensivas ao setor privado (§ 2º). Certamente, diz o acórdão, não

se nomeia expressamente a autarquia nessas antigas e novas proibições, no suposto de ser o ato de sua criação conforme ao artigo 5º, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, que só lhe permite executar atividade típica de administração pública; o Banco alegava exercê-la por ser agência de fomento que visa ao desenvolvimento regional e, por operar a juros subsidiados, diferentemente das instituições privadas.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal, julgando, em 24.03.92, recurso extraordinário nº 120.932-RS (RTJ 141/273), em ação de execução fiscal, que visava à cobrança de cédula de crédito industrial, movida pelo mesmo credor, BRDE, negou a possibilidade no nosso sistema jurídico, de haver uma autarquia que não integre a administração indireta do ente estatal que a criou (do voto do Ministro Moreira Alves, pg. 289); ou nas palavras do Relator, porque "não sobra espaço para a instituição de autarquias regionais mediante convênio interestadual." (pg. 284).

7. O Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, explora, como dictum, que não integra a ratio decidendi do aresto, a não oposição conceitual da atividade econômica ao serviço público, sendo este, nas palavras de EROS GRAU que o voto transcreve, "uma espécie do gênero atividade econômica", pois, "mediante a utilização de bens e serviços (recursos escassos), está voltada à satisfação de necessidades públicas".

Á margem dessa vexata questio, o voto condutor afirma que

"a Constituição mesma erige em serviços públicos, quando praticadas pelo Estado, prestações de utilidade facultadas paralelamente à iniciativa particular. Não nego que, por motivos de economia administrativa, a tendência das últimas décadas, no Brasil, e alhures, seja a de converter em empresas estatais as autarquias bancárias, a exemplo do que ocorreu, não faz muito, com o BNDES e a Caixa Econômica Federal: o que me parece

<sup>1</sup> CARLO COTTARELLI and CURZIO GIANNINI, Credibility without Rules? Monetary Frameworks in the Post Bretton Woods Era, International Monetary Fund, 1997, pp.16-17. NORBERT OLSZAK, Histoire des Banques Centrales, PUF, la edição, 1998, pgs. 85-86.

contestável é que a precedente forma autárquica de tais agências da "função bancária do Estado (De Laubadère, ob. loc. cits.) se tivesse tornado incompatível com a Constituição".

E, quanto ao ponto, conclui:

"Desse modo, em síntese, não extrairia, por si só, da forma bancária das operações singulares da entidade questionada, o obstáculo, que o parecer da Procuradoria-Geral e os precedentes invocados nela divisaram, ao reconhecimento da sua natureza autárquica". (Pgs. 283-284)

O argumento decisivo, no que diz respeito à legitimidade jurídico constitucional da criação de autarquia é, no entendimento do voto condutor, que

"a sua destinação institucional se compreenda toda no âmbito material da função administrativa da entidade matriz" (Pg. 285, grifei).

E, ainda,

... "é manifesto que esta [a entidade fundadora] não pode confiar à autarquia, que constitui, o que, antes, não se integrava ao âmbito, unitário da sua própria competência de administração direta". (Pg. 285)

Em julgamento mais recente, proferido em 24 de maio de 1994, a mesma Primeira Turma, na sua atual composição, ausente o Ministro Celso de Mello (RTJ 156/268), adotou o paradigma do RE nº 115.891, da Segunda Turma, consignando o Ministro Ilmar Galvão, Relator, que

"Embora se tente desviar a discussão para o artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, afirmando personalidade jurídica de direito público e não-submissão às mesmas regras das empresas privadas, aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista, não se pode ignorar o entendimento desta Corte a respeito da matéria, manifestado no RE nº 115.891 — RTJ 128/422, referido no despacho agravado no sentido de que o nomen iuris de autarquia não isenta o BRDE de submeter-se às regras do direito comum, como ordena a Lei fundamental" (AI [AgRg] nº 148.917-PR, RTJ 156/168, esp., pg. 270).

8. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem dado tratamento diferenciado às

autarquias cuja receita é constituída integralmente de transferências do ente político que as criou, como no aresto proferido no R.E. nº 96.557-SP (RTJ 106/717), no qual se admitiu o Estado de São Paulo como litisconsorte passivo da Universidade de São Paulo, pois, esta "não usufrui autonomia financeira, porque depende de dotações do Estado", anotando o acórdão que a específica autonomia universitária, a teor do artigo 3º, da Lei nº 5.540, de 1968, consiste "na auto-gestão dos recursos postos à sua disposição e à liberdade de estipular pelos órgãos superiores de sua administração, a partilha desses recursos de modo adequado ao atendimento da programação didática, científica e cultural; em suma, a aprovação do seu próprio orçamento (RTJ 94/1.136)".

Nesse paradigma (RE nº 83.962-SP-9 RTJ 94/1.136), o mesmo Relator, Ministro Soares Muñoz, sendo recorrente, ainda uma vez, a Universidade de São Paulo, autarquia de regime especial (pg. 1.133), deu provimento ao recurso, para decretar a ilegalidade de exigência de aprovação prévia, pelo Governador do Estado, do orçamento da Universidade, formulada pelo Tribunal de Contas estadual. Vêse nessas decisões, que o Supremo Tribunal perfilhou a tese segundo a qual a especificidade do serviço deve ser prioritariamente considerada para o fim de ordenar juridicamente a autarquia. E, também, que as operações e os negócios bancários regulados pelo direito privado, não podem reclamar nem a disciplina de direito objetivo própria da administração centralizada, nem as prerrogativas contratuais do poder público (cláusulas exorbitantes do direito comum), nem os privilégios processuais do Estado.

#### IV — ALCANCE DA DECISÃO DO STF NA ADIN № 449-2-DF

9. É a luz desses precedentes que se deverá examinar o aresto proferido pelo Supremo Tribunal Federal, na sua composição plena, no julgamento da ADIN nº 449-2-DF (DJ 22.11.96, Ementário nº 1851-01), declarando a inconstitucionalidade do artigo 251, da Lei

nº 8.112, de 1990, por ser incompatível com o artigo 39, da Constituição Federal, que obrigava a adoção de regime único "para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas".

Essa disposição foi suprimida pela Emenda à Constituição nº 19, de 1998 (art. 5º). E o artigo 251, da Lei nº 8.112, de 1990, por sua vez, foi revogado pela Medida Provisória nº 1.595-14 de 1997, que se converteu na Lei nº 9.527, de 1997.

O controle jurisdicional de constitucionalidade procede mediante o confronto da norma inferior questionada com uma disposição da Constituição. Se esta desaparece ou é desfigurada, a ação de inconstitucionalidade, se não foi ainda julgada, fica prejudicada; se já o foi, torna-se ineficaz, podendo-se mesmo perquirir se a norma inferior confrontada não readquire a validade e a eficácia que o juízo de inconstitucionalidade lhe retirara ex tunc. Indagação ociosa, no caso da consulta, porque o artigo 251, da Lei nº 8.112, de 1990, foi legislativamente revogado.

10. O dictum do voto condutor mais relevante para o Banco Central talvez seja o que afirma que

"mesmo tratando-se de uma autarquia, exercendo ela atividade econômica, os seus servidores serão regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (C.F., art. 173, §, 1º)"

... "Ainda sob o pálio da constituição pretérita, sustentei o entendimento que, com maior razão, continuo sustentando sob a Constituição vigente — no sentido de que seria possível distinguir as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público daquelas outras constituídas para o fim de exploração, pelo Estado, de atividade econômica e que seria possível estabelecer, para ambas, regimes jurídicos distintos".

Coerentes com esses antecedentes, o voto conclui, examinadas as atribuições do Banco Central, que a sua atividade é pública, não econômica, e que

"não poderia a lei complementar aludida no artigo 192 conferir personalidade jurídica de direito privado ao Banco Central do Brasil. E não poderia fazê-lo, tendo em vista a natureza deste, que é de direito público, por força da própria Constituição, dado que não explora ele atividade econômica. O Banco Central, tem natureza jurídica, conforme já falamos, de autêntica autarquia, assim de direito público".

Embora não me pareça que, teoricamente, sejam privativas do Estado todas as atribuições que a Lei nº 4.595, de 1964, confere ao Banco Central, observo que tal afirmação, ainda que aceita si et in quantum, deverá ser reexaminada, quando for editada a lei complementar prevista pelo artigo 192, da Constituição, que a ele dará organização, regras de funcionamento e atribuições, como às demais instituições financeiras públicas e privadas (inciso IV). Congruentemente, dependerão das atribuições que a lei complementar der ao Banco Central, a natureza pública ou privada de sua personalidade, a possibilidade de submeter-lhe a atividade às regras próprias da administração pública e o seu pessoal ao regime jurídico estatutário, puro ou mitigado, ou ao contratual.

## V — A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E O BANCO CENTRAL

11. A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 (D.O. 16.12.98) faculta à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir previdência complementar para os seus servidores titulares de cargos efetivos (artigo 40, § 15), na conformidade do que a esse respeito dispuser a lei complementar federal, que deverá observar as normas constitucionais pertinentes, especialmente as do artigo 202, da Constituição. Sem prejuízo dessa faculdade, os servidores titulares de cargos efetivos das autarquias e fundações dos entes políticos federados são filiados obrigatoriamente ao regime previdenciário comum de todo o serviço público (Const., art. 40, caput, com a redação da E. C. nº 20, de 1998).

O parágrafo 3º, do artigo 202, da Constituição, com a nova redação da E.C. nº 20, de 1998, admite a hipótese de serem as autar-

quias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas patrocinadoras de tais planos, mas proíbe que sua contribuição normal exceda à do segurado. Isto quer dizer que nem essas instituições, nem os entes políticos a que elas se vinculam, podem responder pela liquidez e solvência dos fundos e das entidades de previdência privada, das quais não serão garantes.

Em conclusão, não há impedimento, no âmbito dos entes da administração pública direta, autárquica e fundacional, nem da indireta ou paraestatal, à criação de sistemas próprios de previdência complementar, atendidas as prescrições da lei complementar da União e, claro, as da Constituição, especialmente, as do artigo 202.

### VI — MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO DO PESSOAL DO BANCO CENTRAL

12. Quanto à mudança do regime jurídico do servidor público, o Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência em duas proposições: a) não há direito adquirido a regime jurídico e b) não é compatível com a Constituição (art. 37, II) que em decorrência da mu-

dança do regime contratual para o estatutário, ocupe o celetista cargo para cujo provimento se exige concurso público de provas ou de provas e títulos.

No voto condutor do julgamento da ADIN nº 980-DF (Medida Cautelar, RTJ 156/777), o Relator, Ministro Celso de Mello assentou:

"Não parece possível, portanto, que mediante simples opção, possa o empregado público sob regime contratual trabalhista passar à condição jurídico-administrativa de servidor estatutário, sem que se desatenda, com esse procedimento, à imposição constitucional do concurso público. Por isso mesmo, esta Suprema Corte, já no regime constitucional anterior — em que se revestia de menor intensidade o principio do concurso público — proclamou que "O aproveitamento em cargos públicos, sem concurso, de atuais ocupantes de outros cargos públicos, colide com a exigência do artigo 97, § 1º, da Constituição Federal" (RTJ 124/443).

13. O vínculo de emprego contratual pode ser transformado em estatutário, por lei ordinária.

Pronunciou-se, nesse sentido, o acórdão lavrado na ADIN nº 449-2-DF, que afastou a necessidade de lei complementar, posto, que nem o inciso IV, do artigo 192, da Constituição o exige, nem a doutrina esposada pelo

1 Consta do voto do Ministro Moreira Alves: ... "a lei nº 4.595, na parte concernente ao regime jurídico dos funcionários do Banco Central já não tinha a natureza jurídica de lei complementar sob a vigência da Emenda Constitucional nº 1/69, e, à semelhança das normas penais ali contidas, as normas relativas a esse regime jurídico foram recebidas como normas de lei ordinária, podendo, portanto, ser modificadas pela lei do regime único que também é lei ordinária". Por sua vez, o Relator, Ministro Carlos Velloso, assim se manifestou no ponto aqui examinado: "No que toca à organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central, as normas constantes da Lei 4.595, de 1964, têm status de lei complementar. No que diz respeito, entretanto, ao pessoal do Banco Central, assim não ocorre, dado que essa matéria não se inclui naquelas postas, expressamente, no inciso IV do art. 192 da Constituição, convindo esclarecer, ademais, que não poderia a lei complementar aludida no art. 192 conferir personalidade jurídica de direito privado ao Banco Central do Brasil. E não poderia fazê-lo, tendo em vista a natureza deste, que é de direito público, por força da própria Constituição, dado que não explora ele atividade econômica. O Banco Central tem natureza jurídica, conforme já falamos, de autarquia, assim de direito público". A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, oficiando no feito, opinou no sentido de que as regras do § 4º do artigo 53 da Lei nº 4.595, de 1964, que definia o regime jurídico dos servidores do Banco Central, prevaleceu no regime da Constituição de 1988, com força e eficácia de 1ei ordinária, até o advento da Lei nº 8.112, de 1990, que atingiu inexoravelmente esses servidores, sendo inconstitucional o art. 251 dessa mesma lei, que os subtraiu à incidência do regime jurídico único nela instituído. Improcede, assim o argumento de que o dispositivo em referência foi recepcionado pela Constituição

Supremo Tribunal Federal faculta ao legislador a eleição de lei complementar para disciplinar matéria que a Constituição, expressamente, não submete a tal espécie legislativa. Entende aquela Corte que a lei complementar é uma lei ordinária cuja aprovação legislativa reclama quorum de maioria absoluta. Ela não é hierarquicamente superior às demais leis ordinárias. Se matéria, cujo quorum de aprovação é de maioria simples, é disciplinada no bojo de uma lei complementar e, assim, votada por maioria qualificada, poderá ser revogada ou modificada, no futuro, por simples maioria.

Esse é o caso da regulação legislativa do vínculo de emprego, estatutário ou celetista, do serviço público centralizado ou autárquico. Revogada a imposição constitucional do regime único, cabe à lei ordinária dar ao vinculo de emprego no Banco Central regime estatutário ou contratual, tendo em consideração, preponderantemente, as peculiaridades da função que o Banco Central exerce.

- 14. Não me parece que o Banco Central deva revestir, necessariamente, personalidade autárquica e, ainda quando assim fosse, devesse manter com seus servidores relação estatutária de emprego. O serviço estatal é autarcizado em atenção, precipuamente, à especificidade da função ou atividade que se descentraliza e que melhor se atende adotando esse ou aquele regime, à escolha do legislador que não está mais impedido, nesse particular, por nenhuma norma constitucional, depois do advento da E.C. nº 19, de 1998.
- 15. Caberá ao legislador autorizar as mudanças de regime e disciplinar o ato de transposição dos servidores do Banco Central de um para outro e dos cargos que ocupam para os empregos que se venham a criar.

Ressalvada a necessidade de concurso público para o provimento em cargo efetivo ou em emprego nas pessoas de direito público, parece-me que o servidor celetista do Banco Central não pode ser compelido a ocupar cargo público ou a submeter-se ao regime estatutário, sendo-lhe devidos, em qualquer hipótese, os direitos trabalhistas que incorporou ao seu patrimônio.

Não pode ser compelido porque é parte de uma relação bilateral e consensual, inalterável unilateralmente. E o ato jurídico perfeito tem a proteção do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição ("a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"); por isso, não se perdem pelo advento de lei adversa. E isto vale para o servidor celetista e para o estatutário, embora este não tenha direito ao regime, como iterativamente proclamado pelo Supremo Tribunal Federal.

- 16. Entendo possível a instituição, por lei ordinária, de um regime diverso dos dois precedentemente nomeados, sui generis ou misto. O legislador, nesse particular, só está adstrito às limitações constitucionais, seja às instituídas objetivamente no interesse público, seja as que tutelam interesses e direitos individuais ou sociais.
- 17. Quanto à criação, ou manutenção, de instituição ou fundo de previdência complementar, reporto-me ao que disse: o artigo 202, da Constituição, admite-o, mas prevê que lei complementar de alcance geral lhe dê disciplina normativa; e estabelece também, desde logo, algumas limitações.

É o meu parecer, Rio de Janeiro, 14 de julho de 1999. CÉLIO BORJA

vigente com força e eficácia de lei complementar, porque, como visto, a matéria concernente ao regime jurídico dos servidores do Banco Central inscreve-se no campo do art. 39, e não do art. 192 da Lei Maior, submetida em conseqüência, à exigência de lei ordinária, e não de lei complementar. A questão de saber se cabe à lei ordinária ou à lei complementar a definição do regime jurídico dos servidores do Banco Central não é um problema de hierarquia de leis, mas sim de delimitação do campo material de incidência de cada qual. A Lei nº 8.112, de 1990, prevalece nesse terreno porque a matéria está abrangida no âmbito do art. 39 da Constituição Federal e excluída da esfera da lei complementar sobre o sistema financeiro nacional" (fls. 257/258).