

**REVISTA DA
PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO**

CADERNOS DE DIREITO PÚBLICO

Maria Amália Dias de Moraes

PUBLICAÇÃO DA PROCURADORIA DE
INFORMAÇÃO, DOCUMENTAÇÃO E
ASSESSORAMENTO JURÍDICO E
LEGISLATIVO.
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.



**Estado
de Todos**

RIO GRANDE DO SUL

**REVISTA DA
PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO**

Cadernos de Direito Público

PUBLICAÇÃO DA PROCURADORIA
DE INFORMAÇÃO, DOCUMENTAÇÃO
E ASSESSORAMENTO JURÍDICO E LEGISLATIVO

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ANTÔNIO BRITTO
Governador do Estado

VICENTE JOAQUIM BOGO
Vice-Governador do Estado

EUNICE FERREIRA NEQUETE
Procuradora-Geral do Estado

ELIANA DONATELLI DE MOURA DEL MESE
Procuradora-Geral Adjunta

MÁRJORI TEIXEIRA DÜREN
Coordenadora da Procuradoria de Informação,
Documentação e Assessoramento Jurídico e Legislativo

Revista da Procuradoria-Geral do Estado.

v. 23, nº 52 - 1996, supl. - Porto Alegre, Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Procuradoria de Informação, Documentação e Assessoramento Jurídico e Legislativo.

v. trimestral.

Continuação da Revista da Consultoria-Geral do Estado

CONSELHO EDITORIAL

Márjori Teixeira Düren (Presidente)

Athos Rodrigues

José Hermílio Ribeiro Serpa

Maria Alice Costa Hofmeister

Paulo Roberto Basso

EQUIPE TÉCNICA DO SUPLEMENTO

Editado pela Assessoria de Comunicação Social da PGE

Editora Responsável

Jornalista Indaiá Soares Dillenburg (Reg. 6082)

Colaboração

- Procuradora do Estado Maria Aparecida Dias de Moraes
Diretora do Departamento de Administração, Planejamento
e Controle Financeiro da PGE

Nádia Chamun

Tânia Maria Prates Wolff

Leonardo Amaral (Estagiário de Direito)

Distribuição: PIDAJL

APRESENTAÇÃO

Ao término da gestão titulada pela Procuradora-Geral do Estado, Doutora EUNICE FERREIRA NEQUETE, a atual Administração da Procuradoria-Geral do Estado vem de prestar a sua homenagem aos abnegados Procuradores do Estado que colaboraram para o excelente desempenho alcançado pelo Órgão.

A idéia da edição dos **Cadernos de Direito Público**, como suplemento da **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, surgiu da necessidade de perenizar a obra de figuras exponenciais integrantes da carreira de Procuradores do Estado, que contribuíram de forma indelével para tornar a Procuradoria-Geral do Estado a instituição respeitada e sólida como hoje é reconhecida.

A escolha da obra de autoria da Procuradora do Estado Doutora MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES, ora na inatividade, para inaugurar os **Cadernos de Direito Público** faz justiça a uma das mais ilustres integrantes da carreira e renomada consultora do Direito Administrativo, ex-integrante do Conselho Superior da PGE e ex-Procuradora-Geral Adjunta, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e da Escola Superior de Advocacia de Estado do Rio Grande do Sul, fundadora da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, além de outras honrosas atribuições.

Inestimável é o valor de sua colaboração na seleção e revisão dos textos de sua autoria, inclusive o trabalho inédito intitulado **"Para um Conceito de Jurisdição"**, que reúne o saber, o talento, o preciosismo da linguagem e o brilho de sua existência.

Desta forma, a Procuradoria-Geral do Estado rende preito

a uma grande Jurista e a uma pessoa da mais elevada estirpe, ao tempo em que pela primeira vez, na longa existência de trinta e três (33) anos, uma mulher assumiu o comando desta Casa com maestria, mantendo-lhe a integridade e a respeitabilidade perante a Administração Pública e perante os operadores do Direito, justamente, nos anos mais difíceis para os servidores públicos e para o serviço público.

Os ***Cadernos de Direito Público*** deverão servir para o aperfeiçoamento das atuais e das novas gerações de Procuradores do Estado, dos estudantes de Direito e dos profissionais que labutam com o Direito do Estado.

À Doutora EUNICE FERREIRA NEQUETE, que tornou possível a edição desta obra grandiosa, os agradecimentos dos colegas e servidores.

Maria Amália Dias de Moraes:

Ingressou no C.G.E, no ano de sua instalação 1965, nomeada em substituição, para secretariar o G..A.J., realizar pesquisas e prestar assessoria ao Consultor-Geral.

Aprovada no 1º Concurso Público de provas e títulos para provimento de cargo de Consultor Jurídico, foi nomeada em janeiro de 1967. (Prestou também concurso para o cargo de Advogado de Ofício, desistindo da nomeação para assumir o Cargo de Consultor).

Foi designada para o Serviço de Assistência Jurídica aos Órgãos Estaduais da D.A.J., acumulando a atividade consultiva com a coordenação de um grupo de estudos sobre Direito Administrativo Disciplinar, no ano de 1967.

Em 1969, passou a integrar o Gabinete de Assessoramento Jurídico.

Em 1971, assumiu na Casa Civil do Gabinete do Governador, função de assessoramento especial tendo exercício na Subchefia para Assuntos Jurídicos e Legislativos, no Gabinete do Chefe da Casa Civil e na Secretaria Extraordinária, até 1979.

De 1979/1983 assume o Cargo de Consultor-Geral Adjunto na administração do Prof. Mário Bernardo Sesta; De março de 1983 a abril de 1984, coordenou a Assessoria Legislativa da Subchefia da Casa Civil para Assistência Jurídica e Legislativa.

Volta a exercer o cargo de Procurador-Geral Adjunto de 83/86, na gestão do Prof. Ney Sá.

Desde 1979 até 1996, quando se aposenta com 36 anos de Serviço Público, é membro do Conselho Superior da PGE.

Atividades

- Magistério Superior de D. Civil e D. Administrativo na Unisinos, desde 1967 até 1993. Chefe de Departamento por 15 anos.
- Magistério Superior de D. Civil na Faculdade de Direito da UFRGS, desde 1983 até a presente data.

- Magistério Superior de D. Administrativo e D. Civil na Escola Superior de Magistratura, desde 1973 até a presente data.
- Magistério na Academia de Polícia Militar, em Direito Administrativo, nos cursos C.F.O e C.S.P.M.
- Membro do Tribunal de Ética da O.A.B, exercício 91/93.

Condecorações

- Medalha de Serviço Distintos da Brigada Militar;
- Medalha de Defesa Civil de 3ª Classe;
- Medalha de Grande Mérito do Serviço Público Estadual;
- Comenda Osvaldo Vergara, da Ordem dos Advogados do Brasil, secção RS;
- Mérito ABMCJ - Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica (1991).

SUMÁRIO

I - DOCTRINA

1. PARA UM CONCEITO DE JURISDIÇÃO	15
2. OS FATOS NATURAIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO	35
3. A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO CIVIL	57

II - PARECERES

CONSELHO SUPERIOR

4. ALIENAÇÃO DE BEM PÚBLICO Parecer n° 7112	79
5. ESTÁGIO DE COMPLEMENTAÇÃO DE ENSINO Parecer n° 7235	83
6. SUBSÍDIOS PARA EX-GOVERNADORES Parecer n° 7284	91
7. AFETAÇÃO DE BEM A SERVENTIA PÚBLICA: IRREVERSIBILIDADE Parecer n° 7370	98
8. MAGISTÉRIO - APOSENTADORIA PRECOCE Parecer n° 7700	106
9. PENSÃO POR MORTE EM ACIDENTE DE SERVIÇO - DIREITO DA COMPANHEIRA Parecer n° 9799	113

GABINETE DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO

10. SERVIDOR FERROVIÁRIO - PROCEDIMENTO IRREGULAR Parecer n° 416-GAJ	119
11. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL - NATUREZA JURÍDICA E EFICÁCIA DE ATO ADMINISTRATIVO - DIREITO ADQUIRIDO Parecer n° 447-GAJ	126

DIVISÃO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA

12. TEMPO DE SUSPENSÃO PREVENTIVA

- PRESCRIÇÃO

Parecer n° 424 -DAJ 137

13. CIRURGIÃO-DENTISTA: EXERCÍCIO DA

PROFISSÃO SEM HABILITAÇÃO LEGAL

Parecer n° 438- DAJ 144

14. ATO ADMINISTRATIVO E RETROATIVIDADE

Parecer n° 825-DAJ 148

15. CONVOCAÇÃO DE FUNCIONÁRIO EM

REGIME ESPECIAL

Parecer n°838-DAJ 154

PROCURADORIA DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA

AOS MUNICÍPIOS

16. FUNCIONÁRIO PÚBLICO E VENCIMENTOS

Parecer n° 6989 163

17. CONCURSO PÚBLICO MUNICIPAL:

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Parecer n° 7107 166

18. REDUÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO PARA

APOSENTADORIA

Parecer n° 7152 170

19. INCONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO

MUNICIPAL

Parecer n° 7298 176

20. ALIENAÇÃO DE BEM PÚBLICO

Parecer n° 7425 181

21. VENCIMENTO DE SERVIDORES MUNICIPAIS:

COMPETÊNCIA DE CÂMARA MUNICIPAL

Parecer n° 7464 184

I - DOCTRINA

**PARA UM CONCEITO
DE JURISDIÇÃO**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I PARTE - A JURISDIÇÃO COMO PODER

II PARTE - O CONCEITO DE JURISDIÇÃO

CONCLUSÃO

NOTAS

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

O objeto deste estudo é a investigação do conceito de Jurisdição. Busca-se apurar quais os dados constantes e necessários na determinação conceitual da categoria, considerando que a doutrina apresenta um elenco variado de elementos, acentuando ora um ora outro segundo a inclinação do autor.

A questão apresenta certas sutilezas, porque a partir da valorização de um certo dado, tem-se um conceito de Jurisdição amplo ou mais restrito, conforme o caso. Assim, se na construção do conceito, **exempli gratia**, a idéia de partes no sentido clássico, ou a idéia de lide, assumiu um papel fundamental, em nome da coerência científica não se poderá considerar como verdadeira Jurisdição, a chamada graciosa ou voluntária.

Por outro lado, a linha de pesquisa fixada para a Teoria Geral do Processo recomenda, quando e quanto possível, a formulação dos conceitos unificados dos grandes institutos, *in casu*, da Jurisdição, que deverá ser visualizada como manifestação do poder estatal e como técnica de superação de litígios.

Em atenção a essa diretriz, cumpre singularizar a Jurisdição, estabelecendo uma adequada discriminação das atividades e funções típicas do Estado, dentre as quais ela se insere, e de cuja natureza, como poder soberano que é, necessariamente participa.

A propósito, a advertência de EDUARDO COUTURE, depois superada pelo autor, de que "a jurisdição não é assunto de direito processual propriamente dito. É, fora de dúvida, um seu pressuposto, uma vez que sem jurisdição não há processo; mas a rigor de método, o tema da jurisdição deve ser situado no campo do direito político, dentro da teoria geral dos poderes do Estado, e não no campo do direito processual" (1).

Reconsiderada, mais tarde por COUTURE, vale, contudo, a afirmação, por identificar a Jurisdição enquanto verdadeiro poder do Estado e, pois, político por natureza. Sob esse ângulo, a *sedes materiae* há de ser, ao lado da Teoria Geral do Processo, a Estatologia, que vai oferecer o aparato conceitual adequado para o exame das relações e limites entre a Jurisdição, a Legislação e a Administração.

Esta deve ser a primeira tarefa no trato da questão, posto que, embora cada um dos chamados poderes do Estado apresente algumas linhas precisas de identificação, revela, ao mesmo passo, pontos comuns, onde os limites não aparecem com suficiente clareza.

I PARTE - A JURISDIÇÃO COMO PODER

1. NOÇÕES PRELIMINARES - O conceito de Jurisdição pressupõe uma tomada de posição a respeito da assim dita teoria da divisão dos poderes. Atribuída a MONTESQUIEU, com nítida inspiração nas idéias de LOCKE, SWIFT E TEMPLE, entre outros e, sobretudo, ancorada na experiência inglesa, a teoria ficou conhecida pela tripartição dos poderes, dizendo-se constituir cada um deles poder independente e harmônico. Modernamente, contudo, reconhece-se que subjaz a tudo isto o conceito de unidade do poder estatal. Uno na origem, uno na essência, atua mediante órgão modelados segundo a atividade que neles, em cada um, se especializa.

O exame das respectivas funções ou exteriorizações atuativas que comumente designamos como Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo, está via de regra referenciado à atividade jurídica do Estado, que constitui a parte mais expressiva da ação deste, mas não a única.

Por essa razão, seria útil proceder à discriminação material das funções do Estado, na linha de orientação predominante entre os estatologistas, que distinguem:

- | | |
|---------------------------|--------------|
| A - FUNÇÕES NÃO JURÍDICAS | • TÉCNICAS |
| | • POLÍTICAS |
| B - FUNÇÕES JURÍDICAS | • LEGISLAÇÃO |
| | • EXECUÇÃO |

Nessa análise, ressalta o caráter prevalente das funções jurídicas - já que as outras são configuradas por exclusão - e consistindo as primeiras no estabelecimento e realização do direito. Do ponto de vista material, pois, as funções jurídicas resumem-se a duas: a criação do direito e a sua aplicação (2), correspondendo à primeira a função legislativa e à segunda a função executiva. Como bem observa MARCELO CAETANO, há criação do direito fora do processo legislativo, inclusive na própria operação de aplicação, mas simplificada a classificação pode ser adotada como ponto de partida.

Essa função executiva, à sua vez, comporta uma nova discriminação, agora de caráter formal, conforme se considere a via de execução do direito, jurisdicional ou administrativa.

Assim, quando o Estado atua diretamente, sem provocação, impondo o cumprimento das leis, realizando os conteúdos normativos nelas previstos, exerce a função administrativa.

De outro lado, a superação dos conflitos de interesse suscitados na vida de relações reclama a declaração de direito aplicável ao caso concreto, por um órgão neutro, estranho ao litígio.

Determina-se, dessarte, a função jurisdicional, que não prescinde da colaboração dos interessados, porquanto,

diversamente do que ocorre com a via administrativa de execução do direito, o poder do Estado, via jurisdição, é passivo e neutral.

Na tentativa de sistematizar ou unificar a ação jurídica do Estado, seja qual for a função posta em jogo, ALDO SANDULLI considera que toda a atividade do Estado, no plano jurídico, realiza-se sempre através de um procedimento, cujo escopo é a edição de um ato jurídico: **lei, sentença ou ato administrativo**. Na primeira hipótese, o procedimento submete-se ao direito constitucional e parlamentar, na segunda ao direito processual e na terceira ao direito administrativo. Seriam, pois, lei, sentença e ato administrativo, espécies de um único gênero: o ato jurídico estatal (3).

Qualquer que seja, todavia, a ótica através da qual se visualize a atividade jurídica do Estado, é indúvidoso que ela se especializa não só em razão da matéria (critério material), mas pelo objeto, regime próprio e órgão específico de atuação (critério formal e orgânico).

Nesse passo, cumpre observar que o princípio da privatividade das funções ainda está na base das constituições escritas mas certamente sem a rigidez que lhe atribuía MONTESQUIEU (4). É bem lúcida, a respeito, a advertência de PONTES DE MIRANDA sobre as recíprocas relações entre as três funções, quando anota:

“O Poder Legislativo edita a lei que vai integrar o sistema jurídico. Tanto o Poder Executivo quanto o Judiciário podem ter de explicitar todo o sistema jurídico; donde colaboram, não na edição, mas na determinação lógica do sistema. O Poder Executivo administra e dá execução às leis que precisam da função administrativa. E o Poder Judiciário aplica as leis e as demais regras que fazem parte do sistema jurídico. Um e outro, por

seu embutimento no Estado de Direito, tem a revelação do sistema jurídico. Aquele, sem ser judiciário, julga, e esse, sem ser executivo, executa. Daí, que o discrimine das funções, não coincide precisa e exclusivamente com o discrimine dos poderes” (5).

2. FUNÇÃO LEGISLATIVA E FUNÇÃO JURISDICIONAL - Parece claro que a função de estruturar a ordem jurídica compete, em princípio, ao Legislativo. A atividade jurisdicional, no entanto, está longe de ser um processo mecânico ou automático. No processo de seleção de norma, de apreciação do fato, “há juízo que pode ser modificativo, evolutivo, construtivo” (5^a). Sob esse aspecto, quando se diz que o juiz **declara** o direito, declarar é mais que isso. É revelar, com as cargas valorativas que lhe são próprias, a sua compreensão do direito objetivo.

No ordenamento jurídico brasileiro prevalece o princípio da justicialidade absoluta das questões ligadas à lesão de direitos, tal como se inscreve no artigo 5º, XXXV, da Constituição em vigor (6).

De outra parte, o princípio da plenitude lógica da ordem jurídica não significa a pré-existência de regra escrita para toda situação de vida de relações ou para todo e qualquer litígio, mas, forçosamente, que o sistema contém em si os elementos necessários à sua explicitação (7).

Junte-se a isso a utilização cada vez mais ampla das cláusulas gerais, como política e técnica de elaboração legislativa, e a autorização de julgamento por equidade, quando o caso (8), para se ter como evidente que o processo de criação do direito não se esgota na ortodoxia do procedimento legislativo. Há, sem dúvida, um processo de apuração e depuração do direito, uma tarefa também construtiva do sistema na atividade jurisdicional.

Nesse sentido, é exemplar a lição de SALVATORE SATTA, para quem “o ordenamento jurídico fora do concreto não é uma realidade; é uma abstração, um autor, como em Pirandello, em busca de um personagem” (9).

A imagem concebida pelo processualista italiano bem parece sugerir que o sistema jurídico, dentro de certos limites, assemelha-se a uma obra aberta, em permanente elaboração. Um constante *in fieri*, posto que na concepção de PONTES “nem a lei é todo o direito... nem as sentenças, implícita ou explicitamente, contém apenas solução de casos concretos submetidos à Justiça. Pela sentença, há “enchimento” dos brancos da legislação e ajuste das regras escritas entre si, de acordo com os textos constitucionais e com os princípios superiores de direito” (10).

3. FUNÇÃO JURISDICIONAL E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA - Já se destacou anteriormente a aparente concorrência entre o poder jurisdicional e o poder executivo na função de explicitação do sistema jurídico. Ambos, de um certo modo, aplicam a lei, interpretam-na. Ambos determinam ou definem situações jurídicas individuais.

Onde e em que, então, se especializam as duas funções?

O Poder Executivo dá execução às leis, viabiliza, instrumentaliza, sem provocação, espontaneamente, o cumprimento da lei.

Aqui, e a lição é de CHIOVENDA, a Administração se caracteriza como atividade primária, no interesse dela própria, que se confunde, que se funde, com o interesse do sistema. Nos conflitos com o particular, atua, decide com ou contra o particular, exercendo auto-tutela do próprio interesse. Apreende a mercadoria contrabandeada, inutiliza instrumentos de peso e medida adulterados, fecha estabelecimentos, destroi gêneros alimentícios deteriorados

etc... Observa-se em todas essas atividades operação interpretativa da lei, processo de subsunção do fato à norma, de valorização do fato e de seleção da regra jurídica aplicável. Só que, como salientou DUGUIT, a exegese da lei é apenas meio para chegar a um fim. (11). Devendo decidir sobre alternativas a Administração interpreta e escolhe, então age.

É claro que o poder jurisdicional, enquanto atua na seleção e individualização da regra legal, aproxima-se da função administrativa. Mas, naquilo em que fixa com caráter de definitividade a interpretação do direito, aplicando-o a uma situação contenciosa, pondo fim ao litígio, dela se destaca. Na atividade administrativa a exegese da norma é meio para a realização de um interesse ou de uma finalidade prática (CHIOVENDA); no exercício do poder jurisdicional é a própria finalidade, com o trancamento da situação contenciosa, conseqüência necessária da interpretação fixada” (12).

A definitividade da interpretação resultante do exercício da jurisdição é o fim mesmo desta atividade, da qual resulta, ainda, a remoção dos conflitos em concreto e a restauração ou preservação da incolumidade do direito objetivo.

Conforme já se antecipou, no caráter primário da função administrativa, por oposição à natureza substitutiva da função jurisdicional, estaria o cerne da distinção entre ambas. É que, como afirma CHIOVENDA, no exercício da jurisdição - *attività de sostituzione* - encontra-se o juiz fora da relação sobre a qual opera através do ato jurisdicional. Significa que um ordenamento - o processual - substitui outro ordenamento - o substancial (13).

A administração, de outra parte, caracteriza-se como atividade primária, na medida em que delibera, decide e age quanto à sua própria atividade. É parte, e nos limites da lei, como tal se conduz.

Já a jurisdição, e o magistério é de MOACYR AMARAL SANTOS, "é atividade secundária, substitutiva (da atividade das partes). A administração, quando decide quanto à própria atividade, **procede na conformidade da lei**. O juiz, quando delibera quanto à atividade dos interessados, **atua a lei**. Ali, a lei traça os limites dos poderes da administração; aqui, a lei é a própria finalidade da Jurisdição" (14).

Nesse sentido, absorvendo por inteiro o critério proposto por CHIOVENDA, alinha-se ANTONIO SEGNI, Professor da Universidade de Roma, que define a jurisdição como "a função estatal destinada à atuação concreta da lei, com caráter **substitutivo** ou **sub rogatório**" (15).

Em contrário, JAIME GUASP assinala que a distinção entre Jurisdição e Administração deve ser buscada "na existência, no primeiro caso (Jurisdição), e na ausência, no segundo (Administração), de uma **pretensão** que constitua o objeto de cada uma delas". Para GUASP, "a função jurisdicional está baseada na dualidade fundamental de pessoas que pedem e pessoas que concedem, move-se sempre em torno da satisfação de uma pretensão" (16), criticando os numerosos critérios apontados pela doutrina, a seu ver insuficientes ou falhos para discriminar corretamente as funções jurisdicional e administrativa.

Como quer que seja, parece que uma adequada identificação da Administração, da Legislação e da Jurisdição supõe a combinação dos vários critérios.

Há, é bem de ver, pontos de aproximação e afastamento entre as funções do Estado, para não lembrar os clássicos exemplos do juízo de impeachment, do poder regulamentar do Executivo, do poder administrativo dos Tribunais e do Legislativo etc.

Certamente, cada um dos três poderes do Estado se

expressa através de órgão, matéria e atividade típicos, como também se surpreende atuação que só pelo critério formal ou orgânico pode ser definida como legislativa, ou jurisdicional, ou administrativa, porque, materialmente considerada, respeita não ao órgão que a produziu, mas à peculiar atividade via de regra confiada a um dos outros dois.

II - PARTE - O CONCEITO DE JURISDIÇÃO

1. ELEMENTOS CONCEITUAIS - Entre os processualistas, a Jurisdição se apresenta, em primeiro plano, como monopólio estatal. É poder do Estado. Função e atividade estatal, gozando por isso dos atributos da soberania e exclusividade.

Sobre esse aspecto todos se põem de acordo. Quando se cuida, no entanto, de delinear os elementos nucleares do conceito, aparecem as divergências. Ora é a lide ou a realização do ordenamento jurídico, ora é o escopo de atuação do direito objetivo ou o caráter substitutivo da função, que determina a pauta sobre a qual se inscreverá o conceito.

Assim, GALENO DE LACERDA nega o caráter substitutivo da Jurisdição, posto que se trata de uma atividade estatal, e aponta como elementos fundamentais na elaboração conceitual: 1º **a lide** (considerada em sentido amplo, incluindo "questão"); 2º **a eficácia imanente** (poder de dizer a última palavra em matéria de concretização do direito) (17).

Apoiada em elementos semelhantes, mas sem repelir a nota da substitutividade ou até mencionando-a expressamente, boa parte da doutrina nacional define a Jurisdição como "a função estatal que tem por escopo a aplicação do direito objetivo a uma pretensão de direito material, compondo o litígio e declarando o direito aplicável aos fatos levados a juízo (18).

Partilham dessa concepção, segundo informa MARCOS AFONSO BORGES, GABRIEL DE REZENDE FILHO, JOSÉ FREDERICO MARQUES, MOACYR AMARAL SANTOS, JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO, ANTÔNIO CARLOS DE

ARAUJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (19) e, ainda, SEABRA FAGUNDES, CASTRO NUNES, além do processualista italiano ELIO FAZZALARI (20).

Posição diversa, segundo o mesmo autor, é a de LEO ROSENBERG, que vê a Jurisdição como "a atividade do Estado dirigida à realização do ordenamento jurídico". Semelhante noção, segundo a crítica, apresenta o inconveniente de ajustar-se tanto à atividade jurisdicional quanto administrativa. Na verdade, tal imputação não merece acolhida, porquanto o pensamento de ROSENBERG vai mais além, distinguindo da função judicial que se identifica com a administração da justiça, o que ele designa como jurisdição em sentido estrito, ou seja, o poder de jurisdição que consiste "preferencialmente na aplicação do direito objetivo ao caso concreto e é exercida pelos tribunais, por petição de uma parte" (21). Supõe, portanto, lide e escopo de atuação do direito objetivo, aproximando-se da posição majoritária.

Uma terceira vertente, localizada por M.A BORGES, e à qual este se filia, divisa na jurisdição "um poder-dever do Estado, aplicando a lei ao caso concreto". Aqui estariam AMILCAR DE CASTRO, JOÃO BONUMÁ, WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA e, acrescente-se, BIDART CAMPOS. Explicam seus defensores que é poder "porque o Estado é o titular da Jurisdição, monopólio do Poder Judiciário; é dever porque a ele compete manter a paz e, conseqüentemente, o primado do direito objetivo, ameaçado ou violado pela lide deduzida em juízo, bem como atender à pretensão dos interessados referente a interesses particulares, sujeitos à sanção judicial" (23).

Embora não se objete à caracterização da Jurisdição como poder-dever, parece que esse traço não lhe é peculiar ou exclusivo. Note-se que no direito público é corrente a relação poder-dever e a própria função administrativa é

freqüentemente analisada nessa perspectiva dialética. É uma evidência que a finalidade, o modo e o momento do exercício (para utilizar a metodologia de SEABRA FAGUNDES), da função jurisdicional e da função administrativa, são bastantes distintos, mas ambas se propõem aos respectivos órgãos como imposições atuativas, como regra geral.

O fato de o Estado substituir-se aos particulares, para em concreto fazer atuar o direito, resolvendo o litígio, bem demonstra a natureza de dever insita à jurisdição. Não parece, contudo, noção idônea, **per se**, para orientar a elaboração do conceito de Jurisdição, em contraste com a Administração e Legislação.

Volta-se, dessarte, a dois elementos que parecem expressar, pela peculiaridade e constância com que são invocados, a verdadeira essência do conceito de Jurisdição. Seriam eles, pois, a **substitutividade** e o **escopo de atuação do direito objetivo**, compreendidos neste, a preservação do ordenamento jurídico e a manutenção da ordem e da paz social, **através da solução da lide** (24).

2. ACEPÇÕES PARCIAIS DA JURISDIÇÃO - Um outro aspecto que chama a atenção no estudo da Jurisdição é a possibilidade de divisar acepções parciais do instituto, pertinentes ou ao sujeito, ou ao objeto ou à atividade.

Segundo GUASP, do ponto de vista subjetivo, a Jurisdição consiste no conjunto dos órgãos estatais que intervêm no processo; do ponto de vista objetivo, seria o conjunto de matérias processuais nas quais intervêm os órgãos do Estado; e, como atividade, o conjuntos de atos realizados pelos órgãos estatais ao intervir no processo. Acentua, o mesmo autor, que a noção mais ampla seria de natureza funcional, quando a Jurisdição se revela como "a função específica estatal pela qual o Poder Público satisfaz pretensões (25).

Também ARAUJO CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO

discriminam a Jurisdição enquanto função, poder e atividade, para esclarecer:

“Como **poder**, é manifestação da soberania nacional, exercida pelos órgãos estatais competentes.

Como **função**, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a realização do direito, através do processo.

E como **atividade**, ela é a movimentação do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete” (26).

Em verdade, conforme o ângulo do qual se analise a Jurisdição, ela é, também, cada uma dessas categorias - poder, função, atividade -, mas não é somente uma ou outra delas. A noção de Jurisdição não se constrói a partir do dado exclusivamente formal, ou exclusivamente material. Em outras palavras, a tessitura conceitual da Jurisdição é urdida mediante a combinação de todos esses aspectos constituindo a atividade, o órgão, a função e o poder as várias faces indissociáveis do instituto.

CONCLUSÃO

“O ordenamento se resolve na justiça, e a justiça, longe de ser atuação da lei no sentido em que comumente se entende esta locução, tem um caráter originário, criativo na dinâmica do ordenamento... A afirmação de que alguém é inocente ou culpado, que é a afirmação do ordenamento, só pode ser feita no concreto da jurisdição, na justiça da qual falam os textos, e não só os textos, mas a intuição e a linguagem comum” (27).

SALVATORE SATTA

Na apreciação do conceito de Jurisdição duas posturas podem ser adotadas: uma ampla, que conduziria à abordagem de praticamente todo o conteúdo da teoria geral do processo e outra, restrita tão só a definição, deixando de lado os princípios e as espécies de jurisdição quanto ao objeto, organismo, hierarquia e fontes.

Consoante explicitado na introdução, buscou-se aqui isolar nos conceitos veiculados pela doutrina, os dados constantes e iterativos que, pelo caráter de peculiaridade e ou exclusividade, não fossem comuns às outras funções do Estado.

Com esse objetivo, procedeu-se à tentativa de contrastar a função jurisdicional com a administrativa e a legislativa, esboçando os fatores de especialização de cada uma delas.

No desenvolvimento do trabalho, a interpretação do direito como um fim (declarar para concretizar), a própria definitividade dessa interpretação, a natureza substitutiva da atuação jurisdicional e a consequência dela, que se resume na defesa do direito objetivo e na remoção dos conflitos, eis os elementos que se destacaram, de modo insistente, para expressar a essência da Jurisdição.

Restaria, ainda, lembrar que o fenômeno da jurisdicionalização é uma tendência inexorável do Estado moderno, que evolui no sentido da submissão dos diversos estamentos, e da sociedade como um todo, ao direito, com o resguardo do primado da Justiça e da incolumidade da ordem jurídica.

NOTAS

- (1) - Apud Jacy de Assis, "A Jurisdição", Revista Brasileira de Direito Processual, 10/1977, p. 53.
- (2) - Sobre o tema, ver por todos, Marcello Caetano, "Manual de Direito Administrativo", T. 1, p. 5 e ss.
- (3) - Aldo Sandulli, "Il Procedimento Amministrativo", p. 13/16.
- (4) - Castro Nunes, "Teoria e Prática do Poder Judiciário", p. 5.
- (5) - Pontes de Miranda, "Comentários à Constituição De 1967", Tomo I, p. 266, N° 2.
- (6) - Constituição do Brasil de 1988, artigo 5º, XXXV: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."
- (7) - Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, artigo 4º: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito".
Código de Processo Civil, artigo 126:
"O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito".
CLT, artigo 8º e CNT, artigo 108.
- (8) - Código de Processo Civil, artigo 127:
"O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei".
Confira-se, a título de exemplo, Código Civil Brasileiro, artigo 1.040, IV e 1456.
- (9) - Aut. Cit., in "Enciclopédia del Diritto", Tomo XIX, p. 221, n° 3. **Traduzi.**
- (10) - Aut. et op. cit., p. 280, n° 10.
- (11) - Apud Seabra Fagundes, "O Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário", p. 26, nota 6.
- (12) - Seabra Fagundes, op. cit., p. 24 a 28, **passim**
- (13) - Apud Seabra Fagundes, op. cit., 26/28.
- (14) - Moacyr Amaral Santos, "Primeira Linhas de Direito Processual Civil", Vol. I, P. 63.
- (15) - Antonio Segni, in "Novissimo Digesto Italiano", Vol. VII, verbete **Giurisdizione**, P. 987.
- (16) - Jaime Guasp, "Derecho Procesal Civil", Tomo I, P. 103, III.
- (17) - Apud Justino Magno de Araujo, "Aspectos da Jurisdição nos Sistemas da "Common Law", da "Civil Law", e no Direito Brasileiro", in Revista Ajuris, n° 40/julho/1987, P.191.
- (18) - Apud Marcos Afonso Borges, "Jurisdição Voluntária", in Revista Ajuris, n° 18/1980, p. 78.
- (19) - Id., ib.
- (20) - Elio Fazzalari, in "Novissimo Digesto Italiano", Vol. XIX, verbete **Giurisdizione**, p. 330.
Seabra Fagundes, op. cit., p. 24/28, item 7.
Castro Nunes, op. cit., p. 570
- (21) - Leo Rosenberg, "Tratado de Derecho Procesal Civil", Tomo I, p. 45/46. **Traduzi.**
- (22) - German Bidart Campos, "Derecho Político", p. 342/343.
- (23) - Marcos Afonso Borges, op. Cit., p.78.
- (24) - Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, "Teoria Geral do Processo", p.83 e ss., itens 49 a 53.
- (25) - Jaime Guasp, op. cit., p. 103. **Traduzi.**
- (26) - Aut. et op. cit., p. 83.
- (27) - Salvatore Satta, in "Enciclopedia del Diritto", Tomo XIX, verbete **Giurisdizione**, p. 221, item 3, *in fine*. **Traduzi.**

BIBLIOGRAFIA

- 1 ARAUJO, Justino Magno de. "Aspectos da Jurisdição nos Sistemas da Common Law", da "Civil Law" e no Direito Brasileiro". In Revista AJURIS, nº 40/julho/1987. Porto Alegre.
- 2 ASSIS, Jacy de. "A Jurisdição". Tradução e adaptação. In Revista Brasileira de Direito Processual, Uberaba, 10: 37/53, 2º trimestre, 1977.
- 3 BLASI, Ferdinando U. di. "Giurisdizione Volontaria", in "Novissimo Digesto Italiano", Torino. UTET. 1968. Tomo VII, p. 1094.
- 4 BORGES, Marcos Afonso. "Jurisdição Voluntária", in Revista AJURIS, nº 18/1980. Porto Alegre.
- 5 CAMPOS, German Jose Bidart. "Derecho Político". Buenos Aires. 4º ed., Aguilar Argentina. 1972.
- 6 CAETANO, Marcello. "Manual de Direito Administrativo". Rio de Janeiro. Forense. 1976.
- 7 CHIOVENDA, Giuseppe. "Instituições de Direito Processual Civil", São Paulo. Saraiva, 2º ed., 1965.
- 8 FAZZALARI, Elio. "Giurisdizione Volontaria", in "Enciclopedia del Diritto", Giuffrè Ed. 1970, Tomo XIX, p. 330.
- 9 FLORE, Giuseppe. "Regolamento di Giurisdizione", in "Enciclopedia del Diritto". Giuffrè Ed. 1970, Tomo XIX, p. 329/330.
- 10 GIANNINI, Massimo Severo. "Giurisdizione Amministrativa", in "Enciclopedia del Diritto", Tomo XIX, p. 228.
- 11 GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. "Teoria Geral do Processo", São Paulo. E.R.T., 2º ed., 1979.
- 12 GUASP, Jaime, "Derecho Procesal Civil". Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 3º ed. 1968. Tomo I.
- 13 LESSA, Pedro. "Do Poder Judiciário". Rio de Janeiro. Livraria Francisco Alves. 1915.
- 14 LUZZATTO, Giovanni Ignacio. "Giurisdizione-Storia: Diritto Romano", in "Enciclopedia del Diritto", Giuffrè Ed., 1970. Tomo XIX, p. 190.
- 15 NUNES, Castro. "Teoria e Prática do Poder Judiciário", Rio de Janeiro, Forense. 1943.
- 16 PUIG BRUTAU, José. "A Jurisprudência como Fonte do Direito", Trad. Lenine Nequete. Porto Alegre. Ed. AJURIS, 1977.
- 17 ROEHRSSSEN, Guglielmo. "Giurisdizione Amministrativa", in "Novissimo Digesto Italiano". Torino, UTET. 1968, Tomo VII, p. 993/1018.
- 18 ROSENBERG, Leo. "Tratado de Derecho Procesal Civil". Buenos Aires. EJEA. 1955. Trad. da 5º ed. da obra alemã "Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts", München und Berlin, 1951. Tradutor- Angela Romera Vera.
- 19 PONTES DE MIRANDA, Fransisco Cavalcanti. "Comentários à Constituição de 1967", São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, Tomo I, 1967.
- 20 SANTOS, Moacyr Amaral. "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil". Rio de Janeiro. Saraiva. 5º ed. 1977, Tomo I.
- 21 SATTA, Salvatore. "Giurisdizione: Nozione Generale", in "Enciclopedia del Diritto", Giuffrè Ed., 1970, Tomo XIX, p. 218/228.
- 22 SANDULLI, Aldo. "Il Procedimento Amministrativo", Milano. Giuffrè Ed., 1964.
- 23 SCHWARZENBERG, Claudio. "Giurisdizione - Storia: Diritto Intermedio", in "Enciclopedia del Diritto", Tomo XIX. Giuffrè ed., 1970, p. 200/217.

OS FATOS NATURAIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO *

SINOPSE

1. Introdução
2. Conceito de fato jurídico em sentido estrito
3. Os Fatos Jurídicos ilícitos e o Direito Administrativo
4. Os fatos jurídicos lícitos no Direito Administrativo
5. Fatos naturais no Regime dos Bens Públicos
6. Fatos naturais no Regime de Trabalho Público
7. Considerações finais

** Palestra proferida no II Simpósio Interdisciplinar de Direito, promovida pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Centro Acadêmico Maurício Cardoso, Porto Alegre, em 19 de maio de 1978.*

1. INTRODUÇÃO

Os especialistas no Direito Privado, particularmente os da Teoria Geral do Direito Privado, têm empregado o melhor de seus esforços em uma sistematização do elemento propulsor da relação jurídica, também chamado fato conteúdo ou elemento material. O Estudo acurado dos elementos, que integram o suporte fático da regra jurídica, da natureza desses elementos, de seu aspecto fenomênico, do modo como se apresentam na vida de relações e da forma pela qual são valorados pelo ordenamento jurídico, permitiu uma extensa e minuciosa classificação, adotada, com pequenas variantes, pela generalidade dos jusprivatistas em que todos os quadrantes do mundo civilizado.

Sob o **nomen juris** de fatos jurídicos **lato sensu**, agruparam-se todos os fatos do homem ou da natureza, da coisa ou do animal, aos quais de alguma forma foi conectada uma consequência jurídica, para usar uma expressão de Coviello (1).

Considerando que toda a fenomenologia jurídica se realiza dentro dos limites lógicos do Direito, o lícito e o ilícito, observou-se, muito naturalmente, que a primeira divisão dos fatos submeter-se-ia ao critério da conformidade ou contrariedade a direito.

Distinguidos assim os fatos jurídicos lícitos dos fatos jurídicos ilícitos, construíram-se os conceitos das diversas espécies, a partir da observação dos respectivos suportes fáticos. Desta sorte, dependendo da composição dos pressupostos de fato surgem os fatos jurídicos **stricto sensu**, os atos jurídicos, os fatos jurídicos lícitos, os atos jurídicos ilícitos e os atos-fatos jurídicos ilícitos.

A proposta desta palestra não é certamente a análise das categorias sobreditas, em sua generalidade, mas a

tentativa de enfoque de apenas uma delas, os fatos naturais, sob a ótica do Direito Administrativo.

A breve exposição introdutória, que nos permitimos, tem, todavia, um objetivo claro: assinalar a riqueza da análise da matéria, no Direito Privado, correspondendo a uma extrema parcimônia no exame do mesmo tema no Direito Administrativo. É bem verdade que essa assertiva seria falsa e despropositada em relação a, pelo menos, uma categoria, a do ato jurídico, cuja elaboração conceitual, extraordinariamente fecunda no Direito Público, forneceu as bases para uma reelaboração da teoria no Direito Privado. A propósito, anota o Mestre Orlando Gomes "que se é exata a observação de que DUGUIT e JÈZE partiram do Direito Privado, foi, sem dúvida, para submetê-lo a severa análise crítica, e, sobre as insuficiências de sua técnica, edificar, em atitude de reação, uma nova teoria, que abalou a construção tradicional, como reconheceram intransigentes adversários das novas idéias, dentre os quais o próprio Geny". (2)

Por outro lado, não se poderá afirmar, com serenidade, que a pobreza da análise já mencionada decorra da eventual irrelevância ou pequena importância da questão no Direito Administrativo. É bem conhecida a reação dos jusadministrativistas contemporâneos ao tratamento dos contratos administrativos como simples apêndice do ato administrativo, e o impulso que a teoria dos negócios jurídicos de Direito Público vem ganhando, ultimamente.

Ao observador sagaz não escapa, por igual, a freqüência com que os tratadistas aludem aos fatos naturais como elementos propulsores na criação, modificação ou extinção de relações jurídicas, nos mais variados setores do Direito Administrativo. Assim, quanto à classificação dos bens públicos, sua destinação e suas respectivas alterações, no regime jurídico dos prestadores de trabalho público, nas vicissitudes dos serviços públicos, etc.

Nossa preocupação, sem nenhuma pretensão inovadora, consiste, simplesmente, em identificar os fatos naturais que efetivamente repercutem nas relações jusadministrativas, reunindo-os e sistematizando-os nos vários setores da nossa disciplina.

2. CONCEITO DE FATO JURÍDICO EM SENTIDO ESTRITO

O primeiro problema que nos ocorre, no trato da matéria, é o da caracterização intrínseca do fato jurídico em sentido estrito. Conceituado singelamente, o fato jurídico **stricto sensu** é todo o acontecimento natural a que a ordem jurídica atribui aptidão para produzir eficácia jurídica. Esta aptidão não é imanente ou co-natural ao fato, mas deflui da própria regra jurídica, que, ao prevê-lo determina-lhe a irradiação de tais ou quais efeitos. Também se equipara ao acontecimento natural, em atenção ao conceito enunciado, o fato da coisa, como a queda de um objeto de um certo prédio, nos termos do art. 1.529 do Código Civil, o fato do animal e certos acontecimentos, que, envolvendo o próprio homem, são contudo independentes da sua vontade, como o implemento de idade ou, então, foram tomados objetivamente pela regra jurídica, levando em conta apenas a exteriorização fenomênica do fato, sem cogitar da eventual participação humana na sua eclosão, como a morte. (3)

De outra parte, impende lembrar que a circunstância de o Código Civil contemplar a maioria dos fatos naturais juridicamente relevantes, até pela extensão e universalidade de suas disposições, não justifica a atribuição exclusiva da qualificação civilista a esses mesmos fatos. O que importa é que o mesmo fato poderá ser civil, comercial ou administrativo, se a norma que o apreende e valora é civil, comercial ou

administrativa e se a órbita onde ela irradiará efeitos é o do Direito Civil, Comercial ou Administrativo.

Neste ponto, discordamos **salva reverentia** do ilustre administrativista de São Paulo, JOSÉ CRETELLA JR., quando afirma que "longe de ser fato do mundo com repercussão no mundo administrativo, o fato administrativo é considerado pelos autores como toda a atividade material que tem por objetivos efeitos práticos no interesse da pessoa jurídica que a executa, neste caso, a Administração, por intermédio de seus agentes, ou então, qualquer ato praticado pelo Estado no exercício da Administração, como, por exemplo, a demolição de edifícios, o fechamento de uma casa, a interdição de prédio que ameaça ruir... o isolamento de doentes contaminados de moléstia contagiosa..." (4)

Com efeito, a utilização da expressão "fatos administrativos" para identificar esta "atividade material" de que fala o autor e à qual se refere freqüentemente a doutrina é ambígua, sugerindo confusão entre os fatos naturais juridicizados por regras de Direito Administrativo, e que influem nesta província, constituindo, pois, fatos jurídicos de Direito Administrativo e os atos-fatos jurídicos, também denominados atos materiais, operações jurídicas ou atos reais, e cuja peculiaridade consiste, exatamente, em se tratar de atividade material, ainda que voluntária, recebida pelo Direito como fato. A noção do ato-fato exige a ação humana, no que se distingue dos fatos jurídicos em sentido estrito, mas a valoração jurídica recai, exclusivamente, sobre o resultado da ação, no que se diferencia dos atos jurídicos. De acordo com esse raciocínio, preferimos denominar fatos jurídicos **stricto sensu**, aos fatos naturais juridicizados, reservando aos atos materiais a designação de atos-fatos jurídicos.

Já o advertira, aliás, D'ALESSIO, ao anotar que "além dos fatos puramente naturais e dos fatos humanos que o Direito considera como atos voluntários, existe uma terceira

categoria de atos, que embora voluntários, são considerados pela lei como atos objetivos, prescindindo de sua voluntariedade". (5)

Em verdade, no que respeita aos impropriamente chamados fatos administrativos, observa-se claramente a atuação administrativa, a execução propriamente dita de atos formais, ordens, etc. O dado relevante apreendido pelo ordenamento jurídico resulta da ação, mas não é esta. Isto não impede que, se o resultado da ação desviar-se dos limites ordenados, surja pretensão contra o ente público responsável pela ordem executada em prejuízo de particulares.

Nem se diga que estaríamos fazendo mera transposição de categorias do Direito Civil para o Administrativo, porque, nunca é demais repetir, os conceitos em apreço pertencem ao campo da Teoria Geral do Direito. O que é preciso, é identifica-los nos sucessos que se revelam em cada uma das províncias do Direito, Público ou Privado, submetendo-os, agora sim, à principiologia específica de cada um desses ramos em que se dicotomiza o direito.

3. OS FATOS JURÍDICOS ILÍCITOS E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Estabelecido que os fatos jurídicos administrativos, em acepção estrita, são os acontecimentos naturais, fatos da coisa ou do homem, que, independente da vontade deste, são aptos à irradiação de efeitos jurídicos na órbita administrativa, podemos, desde logo, dividi-los em lícitos e ilícitos. Examinemos em primeiro lugar os fatos ilícitos.

Posto que se trata de fatos, não cabe aqui qualquer investigação a respeito de culpabilidade **lato sensu**. O fato ilícito é aquele fato em sentido estrito que, contrariando o direito, atinge a esfera jurídica do administrado, causando-

lhe dano, entendido este como o sacrifício especial, injusto e grave, que o particular não tem a obrigação de suportar.

A Teoria Geral já fixou o princípio da responsabilidade transubjetiva, que à margem da culpa, desenvolveu a idéia de ligação entre o sujeito e o objeto (coisa, animal, serviço) causador do dano, impondo ao primeiro o ônus de reparar a lesão resultante de fato do segundo. Durante muito tempo, os fatos da coisa ou do serviço, mesmo se evidente a contrariedade a direito, deixavam a vítima a descoberto, pela impossibilidade de imputação a alguém, em qualquer modalidade de culpa. O Direito Administrativo, porém, bem antes do Direito Civil, acolheu a doutrina do risco, com base na responsabilidade da Administração, em determinadas matérias, de sorte que, comprovado o nexó causal entre o dano e o fato do serviço, tem-se como corolário natural o comprometimento do ente público.

Nesse sentido, pontifica RUY CIRNE LIMA, ao confirmar que “a responsabilidade da Administração, de outro lado, não se limita ao fato de seus agentes; estende-se, também, ao fato das coisas ao seu serviço”. (6)

Na mesma linha, a orientação de ERNST FORSTHOFF, ao comparar os sistemas alemão e francês sobre a matéria, quando observa que “a partir do **arrêt Blanco**, de 1º de fevereiro de 1873, o Conselho de Estado Francês retirou a matéria pertinente à indenização da incidência das normas do Direito Privado, integrando-a plenamente no Direito Administrativo. Sobre esta base surgiu um dever de indenizar do Estado, desconhecido nesta amplitude pelo Direito Alemão, sob o ponto de vista da “responsabilité pour faute du service public.” (7) Esclarece, outrossim, que “a falta do serviço que dá origem a pretensão indenizatória não significa a falta individual e comprovável de um órgão determinado, senão que consiste na má organização ou funcionamento irregular ou defeituoso do serviço”. (8)

Além desta responsabilidade pela falta do serviço, que é espécie da responsabilidade por intervenções antijurídicas sem culpa, sobretudo desenvolvida pelo Conselho do Estado, na França, e já acolhida por Tribunais brasileiros, em vários acórdãos, cumpre assinalar a responsabilidade pelo risco excepcional, decorrente de situações de perigo extraordinário criadas pela Administração e das quais resulta causação de dano ao particular. Nessa orientação, acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 28 de fevereiro de 1918, referido por Francisco Campos, atribuindo à União a responsabilidade por danos decorrentes do bombardeio de Manaus. (9)

Deixando de lado os fatos ilícitos em que a contrariedade a direito resulta de fato de serviço, como os acima mencionados, quando a intervenção antijurídica da Administração dificilmente pode ser imputada a um órgão determinado, restam os fatos da coisa, em que a lesão à esfera jurídica do particular pode, perfeitamente, ser atribuída a certos bens ou coisas sob jurisdição das pessoas administrativas ou submetidos ao direito de propriedade das mesmas pessoas. A caracterização de tais fatos como ilícitos não deflui de sua natureza, mas das circunstâncias em que ocorrem produzindo dano ao administrado e legitimando a pretensão indenizatória.

Examinemos por partes o problema desses fatos naturais não conformes a direito e sua repercussão do Direito Administrativo. Em primeiro lugar, é essencial que a coisa ou o bem estejam sob regime especial de Direito Administrativo. É intuitivo que a submissão de um bem a esse regime especial pode resultar da própria natureza da coisa, como acontece, via de regra, com os bens públicos de uso comum; de uma destinação especial, no caso dos bens do patrimônio administrativo e de alguns bens de uso comum; e, do direito de propriedade ou de direito pessoal, em relação aos chamados bens dominicais. Além dessas hipóteses, bens privados e **res nullius** destinados ao uso comum ou especial,

mediante negócio jurídico intermediário, como e.g., a locação, estariam submetidos, igualmente, ao mencionado regime.

Em segundo lugar, faz-se mister uma relação causal direta e objetiva, entre a lesão suportada pelo particular e o fato da coisa. Assim, o desabamento de um prédio público configura fato jurídico ilícito, se em prejuízo de terceiros. Da mesma forma, o incêndio de um veículo destinado ao uso da Administração, se ocorrendo em via pública danifica outros veículos ou prédios particulares. Fato invulgar, mas não impossível, o abandono do álveo por rio público, tomando leito em terrenos particulares, tipifica contrariedade a direito, porque ocasiona dano ao patrimônio privado, rendendo ensejo à obrigação de indenizar. (10) A ruptura de um dique ou barragem, inutilizando plantações, a queda de objetos de prédios públicos (art. 1529 do Código Civil), a fuga de animais ferozes de um parque zoológico mantido pelo Estado, ou mesmo de gado de uma estação experimental de Zootecnia, aos cuidados de ente público, desde que importem em prejuízos pessoais ou patrimoniais, são fatos naturais, da coisa ou do animal, configurando fatos jurídicos ilícitos em sentido estrito.

Tem-se observado, com pertinência a alguns dos exemplos citados, certos desvios de enfoque, à conta de determinados autores e mesmo em algumas decisões judiciais. Com efeito, o costume secular de proceder o exame das questões que versam sobre responsabilidade à luz da idéia de culpa enseja, ainda hoje, extraordinários jogos de palavras, argumentos e raciocínios complicados, com o objetivo de reconhecer a obrigação de indenizar. Socorrem-se juízes e advogados dos conceitos de culpa **in omittendo**, **in custodiendo**, **in vigilando**, etc., quando o de que se cogita é de intervenção antijurídica **sem culpa**, por fato da coisa ou do animal, sendo totalmente dispensável e, até mesmo, impertinente a consideração do elemento subjetivo. A imputabilidade, na espécie, não se funda na culpa, mas no

vínculo objetivo pelo qual a coisa ou o animal "agentes" do dano se encontram submetidos ao poder jurídico, ao senhorio da vontade, da Administração.

4. OS FATOS JURÍDICOS LÍCITOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Por outro lado, é preciso assinalar que os fatos jurídicos ilícitos, se representam papel importante no campo da influência dos fatos naturais no Direito Administrativo, não são, todavia, a parte mais significativa e maior do conjunto, que é naturalmente constituído pelos fatos conformes a direito.

Contudo, a doutrina, no dizer de Zanobini "não apresenta uma teoria geral dos fatos jurídicos objetivos, limitando sua atenção a um só dentre estes, o tempo. Certamente o tempo, seja em um momento determinado, seja na sua passagem continuativa, influi sobre muitíssimas relações jurídicas; porém, com análoga generalidade de aplicação apresentam-se muitos outros elementos objetivos do mundo externo; para limitarmos-nos aos mais importantes, recordemos o espaço, de um lado, a medida (extensão, volume, peso) das coisas, de outro. Trata-se de dados da realidade que têm valor jurídico não por si próprios, mas enquanto elementos de fatos jurídicos simples ou compostos". (11)

Confirmando essa assertiva, uma simples vista d'olhos sobre as regras de Direito Administrativo denunciará que grande parte de seus suportes fácticos se compõem ou só de fatos naturais, o que é mais raro, ou da combinação destes com outros elementos. Isto evidencia a relevância jurídica que o legislador, em previsão abstrata, atribuiu aos fatos naturais, fazendo depender, ou só deles, ou da concretização de vários elementos, entre os quais o fato natural, a criação,

modificação ou extinção das relações jurídicas. Operam, nessa ordem, decisivamente, os fatos naturais na aquisição, modificação ou extinção de direitos, na órbita do Direito Administrativo, umas vezes contemplando como sujeito ativo à própria Administração, em outras, ao administrado, e, finalmente, em relações especiais, o contemplado, quer como sujeito ativo, quer como passivo, é o servidor público, o concessionário de serviço público ou outro co-contratante da pessoa administrativa.

Considerando o quanto seria fastidioso (para não mencionar a impossibilidade prática de fazê-lo nos limites de uma palcstra) o rastreamento dos fatos naturais, que de alguma forma entram na composição de supostos fácticos de regras administrativa, vamos tomar como campo de trabalho alguns setores e pinçar uns poucos fatos que apresentam maior significação. Em verdade não parece, aqui, importante pontuar até a exaustão, a presença dos fatos naturais na previsão hipotética das regras que o contêm; nosso objetivo é chamar a atenção para a técnica de análise dos pressupostos de fato, permitindo a fácil identificação daqueles em que entram elementos fácticos naturais.

5. FATOS NATURAIS NO REGIME DOS BENS PÚBLICOS

O primeiro setor de que nos ocuparemos é o dos bens públicos, por constituir um dos mais importantes capítulos do Direito Administrativo. Tomando como ponto de partida as disposições do art. 4º da Constituição do Brasil, de 1969, bem como as do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, verificamos, desde logo, que a definição dos bens da União, dos Estados e Municípios, se assenta, de um modo geral, em dados puramente fácticos, como a **localização** dos lagos, das ilhas lacustres, fluviais ou oceânicas, da foz e nascente dos rios, a **navegabilidade** destes ou suas **confrontações**, etc...

Para os mesmos efeitos, é relevante o **fato da ocupação** de terras pelas selvícolas, ou o **fato da extinção** de seus aldeamentos. Na mesma linha, a conceituação dos terrenos de marinha se faz a partir de elementos naturais, combinando referências ao tempo e espaço, como a "**posição da linha do preamar médio de 1831**". (12) Assim, também, a caracterização dos terrenos acrescidos de marinha alude à **aluviação** e à **avulsão** "que natural ou artificialmente se tiver produzido para o lado do mar, ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha". (13)

Outro acontecimento natural, o surgimento de uma ilha, desde que em rio ou lago público, impõe-lhe (à ilha) regime especial, assim como o novo leito tomado pelo rio público, que abandona o álveo antigo, é afetado ao domínio público.

Nesse passo, seria interessante frisar que a afetação de um bem a uma das formas de utilização coletiva, com a sua conseqüente inclusão no elenco dos bens públicos, pode operar-se por fato, sem a exigência de ato administrativo próprio. Sobre tal possibilidade advertiu Laubadère, para quem "a afetação é o ato ou **fato** pelo qual se dá ao bem seu destino particular". (14)

No mesmo sentido, MOREIRA NETO, que define a afetação como "a destinação **fáctica** ou jurídica de um bem a uma utilização coletiva". **A contrario sensu**, vê a desafetação como "a redução ou a extinção, **fáctica** ou jurídica, da utilização coletiva de um determinado bem público". (15) E, continua:

"Afetação ao domínio público por fato jurígeno ocorrerá, por hipótese, com a construção de uma obra pública em terreno particular; observa-se que neste caso, porque a afetação não se deu através de uma desapropriação regular - que sciria uma afetação por ato jurídico -, há uma ilicitude que se resolve em perdas e danos". (16)

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

O mesmo autor traz como exemplo de fato jurígeno desafetatório a destruição de um prédio público por um cataclismo, fazendo-o perder sua serviência.

Aqui, trata-se apenas de aplicação da regra geral do art. 77 do Código Civil, que firma o perecimento do direito em razão do perecimento de seu objeto. Se a perda ou a destruição de bem público nos termos do art. 78 do C. Civil se dá por fato natural, ainda que extraordinário, como o caso fortuito e a força maior, tal fato, porque repercute diretamente no plano da própria existência ou utilidade do bem em causa, tem como conseqüência necessária e natural a sua desafetação.

Na mesma linha doutrinária argumenta FORSTHOFF que "por sua natureza, as correntes de água e as costas marítimas são coisas públicas. Esta propriedade jurídica é inerente ao objeto. Se esse experimenta alguma alteração, por exemplo, as costas, por forças de acessões, ou os rios por desvios de seu leito, também a qualidade jurídica da coisa pública participa desta mudança". (17)

É ainda, de FORSTHOFF, a observação de que a "coisa pública termina ou pelo seu perecimento ou pela supressão de sua qualidade jurídica. Naturalmente, esta supressão não é possível a respeito daqueles bens que são públicos por condição natural própria. Porém, se esta condição desaparece, também as coisas perderiam sua qualidade de públicas. Assim, se as zonas costeiras mudam com a construção de diques ou ganhando terrenos ao mar e o que era praia converte-se em terreno interior, ou se um rio abandona seu leito habitual, o que era coisa pública se converte, no espaço circunscrito destas variações, em uma propriedade livre, submetida exclusivamente ao Direito Civil". (18)

Vemos pois, que, por efeitos de fatos naturais juridicizados, bens se incluem ou excluem do domínio público; outras vezes, a conseqüência é a mudança de classe, para não repetir o que já se disse antes a propósito da catalogação dos bens públicos, quase toda ela fundada naqueles dados objetivos externos de que fala Zanobini, como o espaço, a medida, etc...

Também caberia, aqui, que a atribuição ao domínio público da herança jacente decorre de fato natural, *in casu*, o simples decurso do tempo (5 anos), qualificado na espécie como prazo presuntivo. (19)

Com o mesmo efeito, o prazo presuntivo de 10 anos a que alude o art. 589, § 2º, do Código Civil, em que o simples advento do termo determina a passagem do imóvel abandonado e arrecadado como vago ao domínio público. Em sentido semelhante, o Decreto-Lei nº 5384, de 8 de abril de 1943, erigiu a união beneficiária do seguro de vida, à falta de beneficiário nomeado e das pessoas mencionadas no art. 1º e seu parágrafo único. Nesta hipótese, o fato natural é a morte do segurado aliada ao fato da inexistência de outros beneficiários. (20)

Caso interessante de intervenção do Estado na esfera

jurídica do particular, sem o caráter de ilícito, embora da intervenção possa resultar prejuízo, é o da requisição, cujo suporte fático se integra pelo conceito de perigo iminente, compreendendo-se, como exemplos deste, a guerra, a revolução, a calamidade pública, sem dúvida, espécies evidentes de fatos. Embora ninguém possa discutir que a requisição é ato administrativo, funda-se, todavia, numa situação fática, uma espécie de estado de necessidade (pré-excluída, pois, a contrariedade a direito), justificando o uso temporário de bens móveis ou imóveis, necessários, e.g., às forças armadas, para a defesa nacional, contra a ameaça interna ou externa, e para a defesa e manutenção da população. (21)

As considerações que vimos expendendo sobre os fatos naturais, enquanto geradores de efeitos no regime dos bens públicos, senão esgotam os múltiplos aspectos do tema, traçam pelo menos um quadro aproximado da realidade, denunciando a presença desses dados do mundo exterior, a que constantemente recorrem as regras jurídicas de Direito Administrativo, na regência das vicissitudes de seu dinamismo peculiar.

6. FATOS NATURAIS NO REGIME DO TRABALHO PÚBLICO

A conclusão semelhante se chegará se, variando o objeto em estudo, dirigirmos as nossas atenções para as relações pertinentes ao trabalho público. Aqui, a idade (22 anos) do servidor como elemento combinado de suportes fáticos complexos de regras jurídicas sobre provimento de cargos públicos; ali, tomada como elemento único, portanto, fato jurídico em sentido estrito, como acontece na hipótese de aposentadoria compulsória por implemento de idade.

Em verdade, torna-se difícil encontrar, no regime jurídico do servidor público, direito ou vantagem cuja aquisição não dependa da verificação de, pelo menos, um fato natural, ainda que ligado a elementos de outra natureza.

Desta sorte, e apenas exemplificativamente: A aposentadoria por invalidez, que contempla o fato da doença ou do acidente, fatos naturais independentes da respectiva causa ou etiologia; a aposentadoria voluntária, que supõe o exercício de serviço público, durante um lapso de tempo certo e determinado; a fixação dos proventos da inatividade, integrais ou proporcionais, dependendo da natureza do fato que a houver ensejado.

Por outro lado, lembramos a longa lista de direitos e vantagens fundados no exercício de função pública por certo tempo, e por esta razão designados como **propter tempus**, e que destinam a remunerar, premiar o servidor **pro labore facto**, como as gratificações adicionais por 15 e 25 anos de serviço, os triênios e os quinquênios, acréscimos que advêm aos vencimentos a cada etapa de 3 ou 5 anos de exercício.

Nestas hipóteses, é o tempo + exercício que concretiza suporte fático suficiente para a aquisição da vantagem. É ainda o tempo + assiduidade + não aplicações de certas punições que compõem o pressuposto de fato para a concessão de licença prêmio. Outrossim, a percepção de uma gratificação + tempo + percepção no momento da inativação determina, em alguns estatutos, o direito à incorporação da vantagem aos proventos da aposentadoria.

Na mesma linha, o direito a férias, à estabilidade, à licença para tratar de interesses particulares, tem na composição de seus supostos fáticos o fato tempo.

Já a doença (que é fato) aparece como pressuposto para o gozo das licenças-saúde, e aliada ao fato do parentesco

justifica a suspensão do dever de comparecimento e assiduidade, para tratar de pessoa da família.

De outra parte, o fato da gestação autoriza o afastamento da funcionária, bem como o fato da amamentação a redução da jornada de trabalho da nutriz.

Também a morte + parentesco até um certo grau dispensa do exercício o servidor público, por alguns dias, assim como o fato do nascimento de um filho libera-o por um dia de suas obrigações funcionais.

Tão extensa e significativa é a influência dos fatos naturais na relação de trabalho público que recordamos, para encerrá-la, que o próprio provimento dos cargos públicos, com o nascimento da relação entre servidor e Administração, pressupõe a comprovação por parte daquele, de que se encontra dentro da faixa etária limite (o que é fato) e que está no gozo de boa saúde física e mental (o que também é fato). Finalmente, não se deve esquecer que entre as causas de desprovimento se encontra o falecimento do servidor, que "extinguindo a relação principal de função pública é", ainda, "fato jurígeno de várias relações derivadas, como a percepção de pensões, auxílio de funeral e outras mais que a lei estatutária institua". (23)

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mereceriam, ainda, exame especial, como objeto de um trabalho próprio, as categorias dos serviços públicos e dos contratos administrativos, onde os fatos naturais ordinários e extraordinários (estes a força maior e o caso fortuito), amiúde, aparecem, seja para determinar a revisão de tarifas ou preços públicos, seja para excluir a responsabilidade do co-contratante por mora, ou até mesmo para fundar a rescisão dos contratos.

No terreno das licitações, para assinalar somente um exemplo, abre-se exceção ao princípio da obrigatoriedade daquelas, nos "casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública", (24) em suma, espécies notórias de fatos jurígenos, como são, igualmente, os "casos de emergência, caracterizada a urgência do atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos". (25)

Consistindo objeto deste trabalho a influência dos fatos naturais no Direito Administrativo, poderá parecer estranha a omissão, até agora, de referência mais pormenorizada sobre o mais notável destes fatos – o tempo –, e do modo por que influi nas relações jurídicas através da prescrição liberatória, do termo legal, do termo presuntivo e do termo preclusivo.

Sem desconhecer a importância dos institutos sobreditos, queremos deixar claro que tais assuntos são, em geral, analisados com grande minúcia e profundidade pelos corifeus do Direito Administrativo, constituindo o tema central, quando não o único, na abordagem dos fatos naturais. Assim Cirne Lima (26), Marcello Caetano (27), Zanobini (28), Manuel Maria Diez (29), Moreira Neto (30) e tantos outros.

Essa a razão pela qual optamos pela abordagem conceitual dos fatos naturais, conformes ou contrários a direito, omitindo aqueles que a doutrina vem sistematicamente tratando, e salientando os de maior realce, embora não menos significativos e freqüentes, no cotidiano da Administração, buscando apontar em que medida e sob que vestes tais fatos se apresentam no Direito Administrativo.

Finalizando, gostaríamos de lembrar que um fato existe, que desafia o próprio Direito, que se entranha no ordenamento jurídico, até para destruí-lo, constituindo, segundo Herrfahrtdt "a modificação violenta dos fundamentos jurídicos de um Estado". (31)

Trata-se, à evidência, **da revolução**, fato jurígeno ou fato com força normativa, que não apenas influi no Direito, porque, mais que isso, afeta a própria estrutura da ordem jurídica, demonstrando, como observa Cattaneo, "de modo mais evidente que o direito nasce do fato". (32)

NOTAS

- (1) Apud CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO. Guido Zanobini, Giuffrè, Milão. 1958. Vol. 1, p. 208. No mesmo sentido Manuel Maria Diez - El acto administrativo. Tipográfica Editora Argentina S. A., Buenos Aires, 2ª ed., 1964, p. 88.
- (2) "Influência do Direito Público sobre o Direito Privado" - In Direito Privado (Novos Aspectos). Freitas Bastos, 1961, p. 13.
- (3) Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado, Borsoi. 1954. V.2, §161, nº7, p.191.
- (4) Cretella Jr. Curso de Direito Administrativo, Forense. 4ª ed. 1975. P. 233.
- (5) D'Alessio. Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano, 2ª ed. Turim, 1939, v.2, p. 141.
- (6) Princípios do Direito Administrativo. Sulina, 1964, 4ª ed. p. 203.
- (7) Tratado de Derecho Administrativo. Madrid. 1958, p. 457.
- (8) Idem, ib.
- (9) Francisco Campos. Pareceres, 1934. P. 231.
- (10) Em contrário a opinião de Diogo de F. Moreira Neto. In Curso de Direito Administrativo, Forense. 2ª ed. 1974, nº 109, p. 271, aplicando textualmente o artigo 544 do CCB.
- (11) Autor e obra citada, cap. VI, §2, 1, p. 212
- (12) e (13) Decreto-Lei nº 9.760, de 5.9.1946, aris. 2º e 3º.
- (14) A. de Laubaderè. Traité Elémentaire de Droit Administratif. 1953. nº 1434, p. 742.
- (15) Autor e obra cit. p. 259, item 97.
- (16) Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Obra cit., nº 97, p. 259.
- (17) Ernest Forsthoff. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid. 1958. § 19, 2. p. 492.
- (18) Idem, ib., § 19, 2. p. 498.
- (19) Decreto-Lei 8.207, de 22.11.1945, que deu nova redação

ao artigo 1594 do C. Civil.

- (20) Pontes de Miranda, obra cit., Vol. II, §161, nº 7, p. 192.
- (21) Constituição Federal de 1969, art. 153, §22 e art. 591, § único do C. Civil.
- (22) Pontes de Miranda, obra cit. § 161, 3, p. 189. "Todas as regras jurídicas sobre idade tem o seu suporte fático: ente humano + tempo."
- (23) Diogo de F. Moreira Neto. Obra cit., nº 84, p. 230.
- (24) Decreto-Lei nº 200, de 25.2.67, art. 126, "a".
- (25) Idem, letra "h".
- (26) Princípios de Direito Administrativo, p. 97 usque 102.
- (27) Manual de Direito Administrativo, Forense. 1970. Rio. p. 382/384.
- (28) Autor e obra citados, p. 209 a 221.
- (29) Autor e obra citados, p. 87 a 99.
- (30) Autor e obra citados, item 53, p. 158 e 194.6. p. 472.
- (31) H. Herrfahrdt. Apud Cattaneo. " El concepto de revolución en la Ciência de Derecho". Depalma, Bs. Aires 1968. Prólogo. p. XXI.
- (32) Cattaneo. Obra citada. p. 168.

A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO CIVIL

"Relação entre o poder do Estado e o Direito Privado".

"Uma idéia sedutora e apressada divulga o conceito da dependência completa do direito privado em relação ao Estado, outrora, e que só pouco a pouco aquele se liberta desta prisão. Considerações já desenvolvidas conduzem a admitir precisamente o contrário, ou seja, a completa independência, na origem, do direito privado frente ao Estado".

...

A falta de oposição não decorre do fato de o Estado dominar o direito privado, mas ao contrário, do fato de o direito privado dominar o Estado.

Assim, o direito privado não foi edificado segundo o direito público, mas o Estado é que se construiu segundo os princípios do direito privado.

Seria, pois, contrário a toda história admitir que o Estado tenha engendrado, ele próprio, o direito privado". (1)

(Rudolph Von Jhering)

INTRODUÇÃO

Na tradicional dicotomia que divide o direito em público e privado, o direito civil tem sido, há séculos, não apenas um ramo de direito privado, mas o direito privado comum, o direito privado geral (1), em verdade, em certas épocas, todo o direito privado. Quando se pensa em unificação do direito privado em um único corpo de leis, dotado de unidade de tempo e de critérios, é no código civil que se busca organizar e sistematizar toda a regulação jurídica das relações de ordem privada.

É evidente que aquela divisão perdeu muito da ortodoxia e rigidez compartimentada, que visualizava o direito privado como um sistema fechado, reflexo da separação entre estado e sociedade, na concretização de um dos mais caros postulados do liberalismo.

Assim concebido o direito privado, o direito civil, como conseqüência, estruturava-se como um conjunto de regras e princípios totalmente apartados do direito público, mantendo com esse direito uma relação meramente formal em homenagem à hierarquia das normas constitucionais, que teoricamente deveriam condicionar os conteúdos normativos do código civil, mas que na prática só de forma vaga presidiam ao processo de adequação e conformidade das leis privadas aos preceitos da Lei Maior.

Essa relação, no entanto, foi profundamente modificada pela crescente intercomunicação do direito público- direito privado, e no plano do direito civil- direito constitucional, revela a tendência de os novos modelos de constituição, com freqüência, assumirem a regulação quase detalhista de institutos cuja sede, até então, era exclusiva do Código Civil.

Abandona-se, de um certo modo, o papel tradicional da constituição, restrita à definição da estrutura do poder

do Estado, com a discriminação das respectivas competências e a articulação do elenco dos direitos e garantias individuais. A matéria constitucional não se limita agora apenas à regulação das relações Estado-Cidadão e ao estabelecimento de algumas diretrizes para as demais relações.

Ampliando a disciplina das relações econômicas e das relações estritamente pessoais, redefine o papel da empresa, como redefine também os papéis dos cônjuges entre si e destes em relação aos filhos, modificando tanto o jogo de forças no plano da economia, quanto no reduto da própria família.

A constituição reage às mudanças determinadas não só por circunstâncias econômicas, mas outras que refletem alterações mais profundas e globais da sociedade. E não só reage. Age, também, em perspectiva de futuro, projetando um modelo novo de sociedade, em que os papéis tradicionais são alterados em grande medida. (2)

Nesse passo, cabe indagar como o sistema de direito privado em geral, e particularmente, o Código Civil, se comporta em face dessas modificações, partindo do pressuposto que não é mais (ou não deve ser) um sistema fechado, mas um sistema aberto.

Esse, precisamente, o objeto da pesquisa empreendida: avaliar até que ponto, e em que medida, a constituição impõe a adequação dos conteúdos normativos do direito civil, aos princípios e preceitos constitucionais que, expressa ou implicitamente, fixam a disciplina a ser imprimida às relações de ordem privada, submetidas ao Código Civil ou às respectivas leis setoriais.

Não se trata, evidentemente, de por em cheque a positividade, a vigência e a eficácia das normas

constitucionais. Nem de colocar em dúvida o princípio da supremacia da constituição, em virtude do qual dela dimana eficácia ab-rogativa das normas inferiores incompatíveis e eficácia construtiva da ordem jurídica sucessiva, no dizer de José Afonso da Silva.

A questão, mais delicada por certo, está em saber como concretizar, na pauta das relações privadas, o conteúdo do preceito da igualdade, *verbi gratia*, em contraste com o princípio da liberdade contratual. É na realização do direito posto que se vai encontrar essa dialética de polaridade, de tensão entre princípios carregados de diferentes cargas valorativas e que ao legislador ordinário, ao jurista e ao juiz, incumbe conciliar, quanto possível.

I PARTE

RELAÇÕES ENTRE O DIREITO CIVIL E A CONSTITUIÇÃO

Tomada a constituição como decisão política fundamental sobre a organização do Estado e da Sociedade, estabelece ela os fios condutores do tipo de vida que se deseja construir, do programa ou projeto que há de modelar, como um todo harmônico e coerente, a vida do Estado e a vida da Nação. Freqüentemente, a constitucionalização de institutos de direito civil não acarreta alterações de estrutura, na essência ou natureza desses mesmos institutos, mas, isto sim, mudanças consideráveis na ótica com que se examina ou interpreta cada um deles. Em outras palavras, os elementos básicos permanecem intocados, enquanto a função ou o papel que desempenham (teoria dos papéis) é que experimenta expressiva transformação.

Assim, a família, o casamento, o pátrio poder, o contrato, a empresa, a propriedade, a responsabilidade civil,

o direito de autor, apenas para exemplificar, recebem ou podem receber nova moldura, que ora restringe, ora amplia ou faz mais compreensivo o conceito original; outras vezes, é a finalidade do instituto que se redireciona, mediante a indexação de uma cláusula de função social ou de interesse ou utilidade pública; outras, ainda, é uma dentre as várias finalidades reconhecidas que se prioriza em relação às demais, com a introdução de programas e mecanismos, *estatais ou privados*, de assistência e de estímulo.

Sejam quais forem, no entanto, as matrizes ideológicas das normas constitucionais que realizam tal previsão exceto, naturalmente, a hipótese de ruptura total com o sistema até então vigente, o certo é que a mudança da *sedes materiae*, a migração do Código Civil para a constituição, com todas as transformações que daí possam advir, não retira da disciplina dos institutos de direito civil a essência e o caráter que lhes são co-naturais, ou seja, na expressão de MOTA PINTO, uma "disciplina recta (justa) da vida do homem em relação com os outros homens ... numa perspectiva de autonomia da pessoa no desenvolvimento da sua personalidade". (4)

Tal autonomia, identificada pelo mesmo autor, como uma idéia fundamental do direito civil, vem sendo há séculos o signo distintivo desse direito, verdadeira idéia-força sobre a qual estão acordes adeptos das mais diversas correntes do pensamento jurídico e filosófico.(5)

Desse modo, é preciso advertir que o designado fenômeno da "publicização" do direito civil é uma falsa questão. O que ocorre, em verdade, é que as relações de ordem privada, as vicissitudes do tráfico jurídico em uma sociedade de massas, adquirem tal expressão que a garantia de uma disciplina justa dessas relações não pode mais ser subestimada pelo Estado. É para determinar o quadro e o padrão desta disciplina, que as constituições

modernas têm inserido em seus textos numerosas referências às categorias relacionais tradicionalmente só objeto de regulação do Código Civil.

Certas questões de natureza eminentemente civil como as ligadas à habilitação (locação ou aquisição da casa própria) e à produção primária de pequenos agricultores (arrendamentos e outros contratos agrários), assumiram tal proporção, que afetam a própria organização social, transbordando das soluções oferecidas por um direito contratual clássico, incapaz de resolver o enorme potencial de conflitos assim gerados.

É claro que o moderno direito civil descolou-se de concepções, no mínimo, ultrapassadas, como aquelas pertinentes à absolutidade dos direitos, à intangibilidade absoluta dos contratos, à supremacia do cônjuge varão sobre a mulher e os filhos e assim por diante.

Nesse sentido, em curso ministrado na Universidade de Florença, em 1986, o Professor CLOVIS DO COUTO E SILVA demonstrou a extensão que se deu ao princípio consagrado no artigo 153 da Constituição de Weimar, segundo o qual "a propriedade obriga". A partir desse princípio, Martin Wolff pode afirmar que de todo direito subjetivo, e não apenas do direito de propriedade, decorre para o seu titular um duplo dever: o de exercer o direito se é de interesse público que ele seja exercido e o de exercê-lo de um modo que possa satisfazer aquele interesse mencionado. (6)

Por essa razão, pode-se compreender a importância de a constituição fixar as diretivas quanto a certos institutos de direito civil, porquanto o preceito assim constitucionalizado torna-se pauta obrigatória a ser observada pelo legislador ordinário e ponto de partida no entendimento e aplicação das normas pertinentes.

Sem o intuito de polemizar, e apenas com o objetivo de explorar todos os ângulos do tema referente às relações do direito constitucional ou, mais singelamente, do código civil com a constituição, bem caberia perguntar se o fenômeno não seria inverso, isto é, se o que detectamos não é a privatização do direito público, se não é a constituição que se faz código civil.

De um certo modo, já se disse que o código civil é a constituição diária do homem, que o acompanha desde o nascimento até a morte, disciplinando os fatos da vida, dos mais singelos aos mais significativos. Por outro lado, durante largo tempo, a constituição centrada no estatologismo, vizualizou o homem só e enquanto cidadão, ou seja, nas suas relações básicas com o Estado, deixando importantes setores da vida governados unicamente pelo princípio da livre iniciativa, com as restrições que a legislação ordinária, mais ou menos aleatoriamente, entendia de estabelecer.

Ora, tais limites, proibições ou imposições (quer dizer, *jus cogens do direito privado*), embora inafastáveis por autorregulação, carecem da firmeza que só a hierarquia constitucional da norma, imodificável por competência legislativa ordinária, pode oferecer.

Por isso, quando se faz proibição ou imposição, quando se outorga garantia ou se impõe limite à atividade privada, através de previsão constitucional, marca-se a vocação de permanência do preceito, modelando o presente e o futuro na feição descnada pela norma.

Nessa perspectiva, os setores do direito pessoal e patrimonial privado que invadem a constituição não representam perda qualitativa ou quantitativa da matéria cível, mas proveito e garantia da qualidade de vida e das relações de natureza privada, que o texto constitucional corporificou.

De resto, essa tendência à constitucionalização de princípios e de institutos não se esgota no âmbito civil, nem tampouco é um fenômeno local.

Há hoje, na constituição brasileira, uma vasta disciplina do processo, do trabalho e da previdência, apenas para citar alguns setores.

Por outro lado, Itália e Portugal assistiram a inclusão em suas constituições de um verdadeiro estatuto do trabalho subordinado, do casamento e relações familiares, do pátrio poder e da reforma agrária (7), dentro da concepção de que o pacto fundamental deve definir algo mais que os direitos políticos, enquanto visa à promoção ativa do bem comum e à garantia da justiça social.

Sob esse prisma, nenhuma objeção doutrinária a fazer, enquanto a constitucionalização diz respeito a princípios, ordens e diretivas gerais. A preocupação com a chamada tendência constitucionalizante surge, quando ela avança sobre setores ainda não convenientemente definidos, ou sujeitos ao movimento de acelerada modificação social e econômica. Da mesma forma, quando a previsão constitucional se realiza de modo detalhado, minucioso, correndo o risco de engessar em moldes rígidos a disciplina de fatos, que pode ser a mais conveniente hoje e revelar-se inadequada amanhã.

Em outras palavras, o mesmo argumento que favorece a previsão em sede constituinte de princípios fundamentais da organização das relações de natureza civil, milita contra o regramento prolixo e detalhista. Na primeira hipótese, funciona como garantia, na segunda pode transformar-se em obstáculo ao aperfeiçoamento dos instrumentos de regulação da vida privada.

II PARTE

AS CLÁUSULAS GERAIS DA CONSTITUIÇÃO REPERCUSSÃO NO DIREITO CIVIL

As normas constitucionais que repercutem ou podem repercutir no âmbito do direito civil ou são normas de direito estrito ou se apresentam como cláusulas gerais.

No primeiro caso, entende-se por norma de direito estrito aquela proposição que descreve concretamente um suporte fático (Tatbestand), uma situação da vida, uma relação qualquer do mundo fático, para designadamente atribuir-lhe algum efeito de direito. Assim, a regra do artigo 5º, XXVII, da constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, ao prescrever que "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar", identifica com absoluta clareza os destinatários, o conteúdo e os efeitos do preceito. É, pois, norma de direito estrito.

Já a cláusula geral, como a própria denominação indica, constitui-se em uma formulação genérica, vazada em termos abstratos, cuja concretização se realiza através da legislação ordinária, da jurisprudência e da doutrina que interpretando o preceito nela contido, aplicam-no às situações da vida ou precisam os contornos do comando que nela se encerra. É, no dizer de Wieacker, endereçada à obediência inteligente do juiz (8), visto que o seu enunciado demanda, com freqüência, operações integrativas e exegéticas da cláusula em si, e do sistema como um todo, de larga complexidade.

A cláusula geral, como técnica legislativa, foi amplamente empregada no Código Civil Alemão de 1896 (BGB), difundindo-se sua utilização nas legislações modernas, como mecanismo apto à absorção de vasta matéria em um único preceito, dispensando a enumeração e descrição casuística, cujo risco de deixar alguma fissura a descoberto, alguma omissão, existe sempre. Exemplo de cláusula geral no texto da constituição em vigor é o do *caput* do artigo 5º, que consagra a isonomia de todos perante a lei, e o do inciso I, segundo a qual "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

O discrimine entre normas de direito estrito e cláusulas gerais apresenta um interesse expressivo com relação ao tema em exame, porquanto as primeiras, pela redação objetiva, repercutem com imediatidade sobre as disposições de direito civil, quando a esse ramo pertinentes, afastando-lhes a eficácia, sempre que contrastem com o conteúdo imperativo daquelas.

É que, como acima foi destacado, identificando as normas de direito estrito o conteúdo, os destinatários hipotéticos e os efeitos que podem produzir, o seu potencial normativo é igualmente identificável mediante operações interpretativas razoavelmente simples. Na pior das hipóteses, sabe-se, desde logo a que setor de atividade, a que tipo de fato ou de relação, se endereça o enunciado constitucional, como acontece com o exemplo oferecido dos direitos do autor.

Já a cláusula geral, via de regra, contém preceito condicionante de todo o ordenamento jurídico, não se limitando a esse ou aquele conjunto do direito setorial. Por essa razão, a eficácia ab-rogativa ou construtiva da disposição que nela se contém é bem mais sutil, gerando freqüentemente enormes perplexidades.

Tome-se como exemplo a cláusula da igualdade. Onde, como e quando todos são absolutamente iguais? Nos setores da vida de relações, submetidos ao código civil, a aplicação do princípio da isonomia impediria a distinção entre maiores e menores ou entre sãos e insanos, para os efeitos da capacidade de fato, da capacidade negocial, da capacidade delitual? Seriam inconstitucionais as regras que afastam a liberdade de opção pelo regime de bens no casamento, em função da idade dos nubentes, ou de outro critério estabelecido pelo legislador?

Sobre a isonomia e sua real acepção muito já se escreveu e a razão parece estar com aqueles que entendem que não há quebra ou ofensa à igualdade quando o fator de discrimine é razoável (9). Nessa linha, as disposições dos artigos 5º e 6º do Código Civil estariam isentas de censura, porque os fatores de discrimine utilizados pelo legislador nada têm de arbitrário. Todavia, o mesmo não se pode dizer do disposto no artigo 258, parágrafo único, II, do mesmo código, que impõe a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento do *maior de sessenta* e da *maior de cinqüenta anos*. Na espécie, o fator de discrimine usado pelo legislador foi o sexo, que de si só é irrazoável e arbitrário, tendo como consequência a violação do princípio da isonomia, eis que tratou desigualmente homens e mulheres pelo tão-só fato de o serem. Observe-se que a regra apontada tem permanecido vigente e eficaz, e que o Projeto de Código Civil, em exame no Senado, conserva a discriminação anti-isonômica no artigo 1669, II (10).

Outro aspecto, e ainda sobre a cláusula da igualdade, é o possível reflexo desta nas relações entre sujeitos privados, afastada a onipresença do Estado. Trata-se do exercício de auto-regramento da vontade, da liberdade de configuração e ordenação de interesses privados, quando observados os limites do *jus cogens*, da boa fé e dos bons

costumes, podem os particulares livremente dispor, através de negócios jurídicos, sobre seus próprios interesses.

Bem a propósito, a lição de MOTA PINTO, afirmando que “ninguém pode invocar o princípio da igualdade para impugnar um testamento em que o testador beneficia um ou alguns filhos relativamente a outros”, nem “pode pedir-se uma indenização a uma pessoa que vende um prédio a outrem pelo mesmo preço que lhe tenha sido oferecido anteriormente por um terceiro, pois o vendedor exerceu a sua liberdade contratual que comporta a liberdade de escolba do outro contraente” (11).

Ilícitude, violação da igualdade, na opinião do autor mencionado, só haveria se em qualquer das hipóteses, a negativa em vender a “A” ou a deixa da cota disponível em favor de um dos filhos assentasse em motivos de raça, convicção política ou religiosa, em suma, em fator de discrimine proibido pela Constituição.

É o que conclui MOTA PINTO, ao assinalar que:

“O princípio da igualdade que caracteriza, em termos gerais, a posição dos particulares em face do Estado, não pode, no domínio das convenções entre particulares, sobrepor-se à liberdade contratual, salvo se o tratamento desigual (v.g., recusa de contratar) implica violação de um direito da personalidade de outrem, como acontece se assenta em discriminações raciais, religiosas, etc...”(12).

Tem-se, dessa sorte, que no plano das relações submetidas ao Código Civil e às respectivas leis setoriais, as cláusulas gerais da Constituição, como a da igualdade, a da liberdade de expressão e manifestação do pensamento ou a da liberdade do exercício de atividade ou profissão, sofrem alguma relativização, no confronto com princípios

ordenadores do direito privado como o da autonomia da vontade e o da boa fé na execução do contrato (13).

Pense-se no titular de um Curso de preparação de estudantes para os exames vestibulares, que transfere o estabelecimento a terceiros, obrigando-se a não ministrar aulas em curso congêneres, no mesmo bairro, pelo prazo de dois anos, apenas para referir um exemplo em que a cláusula da liberdade de atividade, de trabalho ou profissão, não afasta de plano a possibilidade de autolimitação mediante o exercício da liberdade contratual.

Em realidade, o conflito ou choque de princípios é apenas aparente na medida em que os direitos e garantias individuais são, sobretudo, direitos contra o Estado: direito de exigir que o Estado se abstenha de atos gerais ou individuais atentatórios de direito constitucionalmente configurado ou de reclamar que preste ato assecuratório daquele mesmo direito.

Não deixam contudo, de irradiar uma eficácia reflexa no direito privado, enquanto constituem valores fundamentais do ordenamento jurídico e moldura em que se movem os figurantes na realização de seus interesses.

Observe-se, por fim, que ao consagrar de forma ampla o princípio da legalidade (14), ratifica a Constituição, mais uma vez, o princípio da liberdade, que no plano do direito civil, respeitados os limites já indicados, tem o nome de autonomia privada, ou de liberdade contratual, que é a forma mais freqüente de exercício daquela.

CONCLUSÃO

"Les conséquences du droit constitutionnel sur le droit civil n'apparaissent pas toujours très clairement au législateur comme au Gouvernement, au juge comme au praticien" (15)

Com essas palavras, conclui François Luchaire um longo ensaio sobre os fundamentos constitucionais do direito civil, expressando um certo desalento com o volume de leis e decretos que na França são editados e permanecem em vigor, embora consubstanciem em seus textos claras violações de direitos e liberdades constitucionalmente garantidos.

O propósito daquele ensaio, com o levantamento minucioso da legislação e jurisprudência em matéria civil relacionada com a constituição, não é certamente o deste trabalho, conforme explicitado na introdução. Seria, no entanto, bastante útil, tendo em vista a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, um exame acurado do Código Civil de 1916, ainda em vigor, e também do Projeto 634-B, de 1975, ora no Senado, com finalidade de adaptá-los quando e quanto necessário, ao ordenamento constitucional inovado.

Trabalho desse porte foi realizado em Portugal, quando, em vigor desde 1967, o novo Código Civil, sobreveio o movimento revolucionário de abril de 1974, institucionalizado, afinal, pela Constituição da República Portuguesa, promulgada a 2 de abril de 1976 (16). Em virtude de ditame expreso desse diploma (artigo 293, n° 1 e n° 3), que determinava a adaptação à Constituição das normas do Código Civil atinentes ao exercício dos direitos, liberdades e garantias (art. 293, n° 1) e adequação global do Código à filosofia e à doutrina político-social expressas na Constituição (art. 293, n° 3) foi editado o Decreto-Lei n° 496/77 de 25

de novembro, cuja Exposição de Motivos oferece subsídios extremamente interessantes para a compreensão do processo adaptativo, então levado a efeito (17).

O que surpreende, no exame do texto constitucional referido e do provimento de adequação do Código Civil àquele, é que tendo a Constituição de 1976 expressado, em numerosas disposições, o compromisso com a construção do socialismo, rumo a uma sociedade sem classe (art. 1º) consistindo tarefa fundamental do Estado socializar os meios de produção e a riqueza (art. 9º), a repercussão dessa profunda "virada", em termos políticos, ideológicos e econômicos, do estatuto fundamental português foi mínima nos setores do direito civil de caráter nitidamente econômico e patrimonial, a ponto de determinar a modificação de apenas seis disposições e a supressão de outras três no Livro II, que regula o direito das obrigações, enquanto no Livro III, onde se encontra a disciplina do direito das coisas, um único dispositivo foi atingido. Ao mesmo passo, o direito de família, regulado no livro IV, teve modificados quase 60% dos mais de quatrocentos artigos que o integram (precisamente duzentos e quarenta e nove artigos sofreram adaptação), sendo que vinte e oito foram revogados e dezessete acrescidos.

A análise dos textos em referência demonstra que, dentre os setores do direito privado, é o do direito de família o mais "sensível" à substituição das matrizes ideológicas da constituição.

Talvez porque é na família, a primeira, a mais importante microcélula social, que se projeta o modelo que a sociedade como um todo deve reproduzir. Ou ainda, porque não seria possível idealizar uma sociedade moderna, democrática e igualitária quando na família, nas relações entre os seus membros, o modelo de dominação, de feição patriarcalista, subsiste por inteiro.

Por derradeiro, cabe observar, que se o Código Civil, enquanto estatuto fundamental das relações privadas, precisa e deve refletir o espírito da Constituição, a esta compete presidir a organização do material normativo, facilitando a comunicação de princípios assecuratórios do exercício de direitos e liberdades, às fontes infraconstitucionais e, pois, ao Código Civil.

NOTAS

- (1) L'ESPRIT DU DROIT ROMAIN, Vol. 1, p. 220. Tradução da autora.
- (1ª) Carlos Alberto da Mota Pinto, *in* Teoria Geral do Direito Civil, p. 11, nº 4.
- (2) Ver. a propósito, Ludwig Raiser, "O Futuro do Direito Privado"; Wolfgang Friedmann, "Law in a Changing Society"; e, C.V. do Couto e Silva, "O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro".
- (3) "Aplicabilidade das Normas Constitucionais". p. 225. Item XII.
- (4) Autor e obra cit., p 26, item II.
- (5) Giuseppe Stolfi, apud Maria Amália Moraes, "Autonomia Privada e Negócio Jurídico", p. 37.
- (6) apud Clóvis do Couto e Silva, *in* "O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro". Essa conferência foi publicada nos Cuaderni Fiorentini e Revista Ajuris, 40/1987.
- (7) Sobre esse tema discorreu o Professor Antunes Varella, em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1984.
- (8) Franz Wieacker, "História do Direito Privado Moderno", p. 357.
- (9) Consulte-se a respeito, Celso Antonio Bandeira de Mello, "O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade", especialmente o capítulo IV, "Isonomia e fator de discriminação", p. 29.

- (10) Artigo 1.669 - "É obrigatório o Regime de separação de bens no casamento, sem a comunhão de aqüestos: II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos".
- (11) Autor e op. Cit., p. 52.
- (12) Idem, ibidem, p. 55
- (13) idem, ibidem, p. 54: "Os preceitos constitucionais na sua aplicação às relações de direito privado não podem aspirar a uma consideração rígida, devendo, pelo contrário, conciliar o seu alcance com o de certos princípios fundamentais do direito privado".
- (14) Constituição da R. Federativa do Brasil, art. 5º, II: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".
- (15) Autor cit., "Les Fondements Constitutionnels du Droit Civil", p. 328.
- (16) Consulte-se, a respeito, Marcello Caetano, "A Constituição Portuguesa de 1976".
- (17) Para um exame do Decreto-Lei 496/77 e respectiva Exposição de Motivos, ver "Boletim do Ministério da Justiça - Legislação". Novembro de 1977, p. 67 a 257. Ver também, a proposta de lei a respeito, in "Boletim do Ministério da Justiça", nº 268. Consulte-se, por igual, o discurso do Ministro da Justiça Doutor Antonio de Almeida Santos na posse dos Presidentes das Comissões encarregadas da reforma dos Códigos Portugueses, bem como o pronunciamento do Professor Antonio Ferrer Correa, na mesma ocasião, em 10 de janeiro de 1977 - ambos publicados no Boletim do Ministério da Justiça, nº 263 - fevereiro/1977.

BIBLIOGRAFIA

- 1 BIELSA, Rafael. "Relaciones del Código Civil com el Derecho Administrativo". Buenos Aires, J. Lajouane & Cia. Editores, 1923. 89 p.
- 2 BLACK, Hugo Lafayette. "Crença na Constituição". Rio de Janeiro, Edição Forense. 1970. Tradução de Luiz Carlos de Paula Xavier, 87 p.
- 3 CAETANO, Marcello. "A Constituição Portuguesa de 1976". in Revista da Consultoria Geral do Estado, Porto Alegre, 1977, nº 17, p. 45 usque -73.
- 4 CANOTILHO, José J. Gomes. "A Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador". Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1982, 539 p.
- 5 COUTO E SILVA, Clóvis. V. do et alii. "Código Civil - Antes ou depois da Constituição". Jornal Valorização. OAB-RS, nº 22, Agosto/Setembro 1984, p. 6 e 7.
- 6 — "O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro". in AJURIS, nº 40/1987.
- 7 FERREIRA Fº, Manoel Gonçalves. "Direito Constitucional Comparado". São Paulo, J. Bushatsky Editor, 1974. 197 p.
- 8 FRIEDMAN, Wolfgang. "Law in a Chnaging Society", London. Stevens and Sons Limitd. 1959.
- 9 GOMES, Orlando. "A Constituição e seus reflexos no Direito das Obrigações". in Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Rio de Janeiro, Forense, 1982, nº 1. p. 25 a 36.
- 10 JHERING, Rudolph Von. "L'Esprit du Droit Romain", Ed. Giuffré. Milano.
- 11 LOEWENSTEIN, Karl. "Teoria de la Constitución". Barcelona, Ed. Ariel, 1970. 539 p.
- 12 LUCHAIRE, François. "Les Fondements Constitutionnels du Droit Civil", in Revue Trim. Du Dorit Civil, V. 80, année 1982, p. 245 a 328.
- 13 MELLO, Celso A. Bandeira de. "O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade". São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, 60 p.

- 14 MIRANDA, F. C. Pontes de. "Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro". Rio de Janeiro, Forense, 1981. 477 p.
- 15 — "Comentários à Constituição de 1967". São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967. Tomos 1 a 6, *passim*.
- 16 MORAES, Maria Amália Dias de. "Autonomia Privada e Negócio Jurídico". in "Revista Estudos Jurídicos" UNISINOS, São Leopoldo. Vol. VII, nº 20/1977, p. 33 a 52.
- 17 PEREIRA, C. M. da Silva. "Direito Civil na Constituição de 10 de novembro de 1937". in Revista Forense, nº 73, p. 510 a 514 e nº 74, p. 25 a 30.
- 18 PINA, Rolando E. "Claúsulas Constitucionales operativas y programaticas (Ley Fundamental de la Republica Federal de Alemania)". Buenos Aires, Ed. Astrea, 1973, 187 p.
- 19 PINTO, Carlos Alberto da Mota. "Teoria Geral do Direito Civil". Coimbra, Coimbra Editora Ltda, 1976.
- 20 PUTZOLU, Giovanna Volpe. "Le Associazioni tra codice e costituzione". In Rivista di Diritto Civile, ano 15, nº 4, 1973, p. 282 a 310.
- 21 RAISER, Ludwig. "O Futuro do Direito Privado". In "Revista da Procuradoria-Geral do Estado". nº 251. Porto Alegre.
- 22 SANTOS, Antonio de Oliveira. "Proposta de lei de adaptação do Código Civil à Constituição da República em matéria de direitos, liberdades e garantias e matérias conexas. Exposição de Motivos". Lisboa, In boletim do Ministério da Justiça, nº 268, julho/1977.
- 23 SILVA, José Afonso da. "Aplicabilidade das Normas Constitucionais". São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1968. 261 p.
- 24 WIEACKER, Franz. "História do Direito Privado Moderno". Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1967.
- 25 Decreto-Lei nº 496/77 - Portugal. In Boletim do Ministério da Justiça - Legislação. Novembro d 1977.
- 26 Decanato de Extensão da UNB. "Constituição e Constituinte". Coletânea de Textos. Editora UNB. Brasília. 1987. 95 p.
- 27 Código Civil Português.

II - PARECERES

PARECERES DO CONSELHO SUPERIOR

ALIENAÇÃO DE BEM PÚBLICO

Parecer n.º 7112

Alienação de bem público. Procedimento. Alegação de prejuízo ao patrimônio da autarquia, por dirigente da mesma, infirma autorização prévia do Conselho Consultivo e aconselha revisão do procedimento.

Retorna ao Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado expediente que versa sobre a doação, pelo INSTITUTO SUL RIOGRANDENSE DE CARNES, de uma área de 101 ha de terras e respectivas instalações, à Cooperativa Rural Serrana Ltda. de Tupanciretã, bem como a doação dessa àquele, de imóvel urbano, localizado naquele município.

Em anexo, os expedientes n.º 46/77, da Autarquia e 4748-15.00/86, em que diversas alternativas são examinadas, tendo em vista a difícil situação financeira da Cooperativa Rural Serrana Ltda.

Em maio de 1986, o Secretário da Agricultura submeteu a despacho governamental, proposta de permuta entre os bens acima indicados, merecendo a acolhida do chefe do Poder Executivo, desde que cumpridas as disposições legais pertinentes e ouvidos o Procurador-Geral do Estado, a Secretaria da Fazenda e o Conselho do Instituto de Carnes.

Com a aprovação do Conselho Consultivo do Instucarnes (Ata n.º381, fls. 15 e 16) e a concordância das autoridades fazendárias, a matéria é examinada pela Procuradoria de Defesa do Domínio Público, onde é informada pela Procuradora VERENA NYGAARD (Informação n.º 55/86) que opina pela inviabilidade jurídica da permuta, face "à significativa desigualdade de Valor" entre os imóveis objeto da transação.

Ao mesmo passo, propõe, como "alternativa capaz de alcançar o mesmo resultado, a realização de recíprocas doações", preparando anteprojeto de lei, nesse sentido.

Com a aprovação do Procurador-Geral do Estado, vai o expediente à Casa Civil, encaminhando-se o Projeto de Lei à Assembléia Legislativa, por mensagem datada de 26 de setembro de 1986. Aprovado o Projeto de Lei em sessão de 1º de outubro do mesmo ano, vão os respectivos autógrafos à sanção, transformando-se na Lei nº 8.180, de 15 de outubro de 1986.

Retornando o expediente 4748-15.00/86, à Secretaria da Fazenda e ao Instituto Sul Riograndense de Carnes, para as providências de estilo, nesse último, o Diretor da Autarquia Cláudio Dario Lopes de Almeida formaliza sua inconformidade com o prejuízo que da transação autorizada advirá para o patrimônio da Autarquia, entendendo que essa deverá ser ressarcida pelo Estado ou pela Cooperativa.

Finalmente, acosta-se ao processo "promessa de pagamento" da Cooperativa Rural Serrana Ltda., em favor do Instucarnes, no valor de Cz\$ 18.000.000,00 (dezoito milhões de cruzados), em cinco prestações iguais, anuais e sucessivas de Cz\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos cruzados), sem encargos financeiros, iniciando-se o pagamento "a partir do momento em que a Cooperativa estiver com a sua situação financeira plenamente consolidada e exercendo suas atividades normais". Esclarece, ainda, o documento particular (datado de 28 de novembro de 1986), que o valor prometido "equivale ao ressarcimento de parte da Serrana ao Instituto, referente à diferença na avaliação entre imóveis permutados entre essas organizações..." (sic).

Em 24 de dezembro do ano findo, o Presidente da Autarquia submete ao Procurador-Geral do Estado, cópia reprográfica da descrita "Promessa de Pagamento", indagando da validade jurídica da mesma para efeitos contábeis e

denotando sua preocupação ante a "responsabilidade em assinar o documento final, alienando parte apreciável do patrimônio público" (sic).

A 28 de janeiro do ano em curso, o Conselho Superior desta Casa determina a remessa do expediente 7300-10.00/86 ao Instituto de Carnes, para que informasse os motivos que deram origem à Promessa de Pagamento firmada pela Cooperativa Rural Serrana Ltda.

Com o cumprimento da diligência, é anexado ao expediente o processo 4748/86, pelo qual se tem conhecimento de manifestações de inconformidade de dirigentes da autarquia, com a transação autorizada pela Lei nº 8.180/86.

É o relatório.

A Lei nº 8.180, de 15 de outubro de 1986 não transcende do que nela se contém. Em outras palavras, autoriza simplesmente o Instituto de Carnes a doar à Cooperativa Rural Serrana Ltda. o bem que descreve, vinculando a liberalidade da Autarquia à doação, por parte da beneficiária, de próprio seu ao Instituto.

Sob o aspecto formal o processo de alienação de bem público cumpriu os passos necessários, inclusive, o juízo de conveniência emitido pelo Conselho Consultivo da Autarquia, que opinava pela "troca pura e simples, sem quaisquer gravames", dos aludidos bens, conforme Ata nº 381 (proc. 4748/86, fls. 15 e 16).

Antes, contudo, que se ultimassem os atos de alienação, com a transmissão do respectivo domínio aos donatários, inserem-se no processo fatos novos com a emissão de juízos francamente desfavoráveis à transação, pelo menos nos moldes autorizados pela Lei 8.180/86.

De outra parte, se a autarquia julga indispensável a compensação dos prejuízos que ao seu patrimônio advirão com a efetivação da doação, a Promessa de Pagamento não é, nos termos em que se vazou, hábil à obtenção do resultado pretendido. Primeiro, porque não há nos autos elementos suficientes a indicar que os signatários da Promessa, pudessem obrigar a Cooperativa, nos termos em que a obrigaram ou aparentaram obrigar. Segundo, porque a promessa, sob a aparência de termo inicial, sujeita-se em verdade a condição suspensiva. Com efeito, os pagamentos terão início no momento em que a "Cooperativa estiver com a sua situação financeira plenamente consolidada e exercendo suas atividades normais". Em outras palavras, os pagamentos só serão exigíveis se em algum momento a situação financeira da Cooperativa estiver plenamente consolidada. E, terceiro, finalmente, porque o conteúdo econômico fixo e imutável da promessa, aliado à circunstância de estarem as prestações diferidas no futuro, retira-lhe toda a seriedade e eficácia.

Assim, é de sobrestarem-se os atos autorizados pela Lei nº 8.180, de 15 de outubro de 1986, refazendo-se o procedimento administrativo com a audita dos entes interessados, encontrando-se solução que favorável aos interessados da Cooperativa Rural Serrana Ltda. de Tupanciretã não o seja menos ao interesse público da entidade estatal, no caso o Instituto Sul Riograndense de Carnes, cuja atuação há de ser presidida não só pelo princípio da legalidade e da utilidade pública, mas também e sobretudo pelo da moralidade administrativa.

É o parecer.

Porto Alegre, 18 de maio de 1987.

ESTÁGIO DE COMPLEMENTAÇÃO DE ENSINO

Parecer nº. 7235

Estágio de complementação de ensino e de aprendizagem. Regime da Lei 6.494, de 7 de dezembro de 1977. Vigência da orientação preconizada no Parecer 4960/PGE.

Em exame, no Conselho Superior desta Procuradoria-Geral, o cômputo de estágio de estudante, regulado pela Lei Federal 6.494, de 7 de dezembro de 1977, como tempo de serviço estadual.

Discute-se no expediente, em que é interessado FERNANDO AUGUSTO CHITTONI BARROS, a forma de valorização do tempo e, por via de consequência, a expedição de certidões e elaboração das respectivas grades, posto que se dá como pacífica, supostamente com respaldo nos Pareceres 4960 e 5399/PGE, a qualificação do período em que o estudante cumpriu o estágio de complementação de ensino e de aprendizagem como de serviço público estadual.

Relatado, passo a examinar a matéria controversa.

O Parecer 4960/PGE, da lavra do Procurador do Estado Doutora EUNICE ROTTA BERGESCH, história de modo exemplar os antecedentes normativos da Lei Federal 6.494/1977.

Analisa dito pronunciamento a compatibilidade das regras que prevêm a aceitação de estagiários pelos entes públicos, com as normas constitucionais e legais que, no plano nacional e estadual, inibem ou restringem a admissão

de servidores públicos, fora das pautas do concurso público e do regime de confiança. Aponta para a excepcionalidade de contratação, via regime de Consolidação das Leis do Trabalho, para concluir que precisamente por não tratar de admissão de empregado público a Lei 6.494 não ofende o sistema Constitucional em vigor.

Demonstra, bem ao contrário, que eventuais decisões de Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Federal de Recursos que decidiram ter ascendido o estagiário à condição de empregado e, como tal, imperiosa a recepção do período de estágio como tempo de serviço computável para os efeitos legais, decorreu, exatamente da inobservância dos mandamentos da Lei 6.494/77.

Nos acórdãos apontados a fls. 8 e 9 do Parecer 4960/PGE, a instância julgadora, ora enfatizou a ausência da instituição de ensino, cuja intervenção é obrigatória, nos termos do *caput* do artigo 3º da prevista lei, na formalização do termo de compromisso, ora apontou o horário de trabalho corrido (das 8h às 18h), o regime disciplinar, a falta de avaliação ou de programa específico de especialização de estudo, como razão de decidir.

Por isso, ao meu sentir, bem decidiu.

É que o estágio disciplinado pela Lei 6.494/1977, por acaciana que pareça a afirmação, é **estágio**. Não é contrato de trabalho, não é forma ou meio de recrutamento de servidor público ou privado. Se o fosse, seria inconstitucional: de um lado, por abrir fissuras no modelo vigente na Carta Política Federal para formação dos Quadros do Serviço Público, e fissuras por ela não autorizadas. De outro, e isso vale tanto para os entes públicos quanto privados, por subtrair à proteção constitucional do trabalho, derivada na Consolidação das Leis do Trabalho e leis extravagantes, um contingente de indivíduos desabrigados das garantias que secundam a relação laboral.

É, pois, estágio de estudante. Complemento do ensino e da aprendizagem. Oportunidade de alcançar experiência prática, desenvolvida em harmonia com os programas escolares. Constitui, na verba legis, "instrumento de integração, em termos de treinamento prático, de aperfeiçoamento técnico-cultural, científico e de relacionamento humano" (*ut* artigo 1º, § 2º, da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977).

Insisto. Estágio de estudante. Não há contrato de trabalho. Há termo de compromisso entre o estudante e a parte concedente (leia-se: a parte que concorda em conceder ao estudante a oportunidade de estagiar), com a interveniência obrigatória da respectiva instituição de ensino.

O estudante se compromete a estudar, não a trabalhar. A instituição concedente promete-lhe aplicação de experiências na área correspondente de estudo curricular. Não lhe oferece emprego. Nem trabalho.

Os horários em que se desenvolve o estágio são os da conveniência do estudante. Não é o estagiário que se amolda aos interesses da parte concedente, mas esta que se afeiçoa às disponibilidades do estagiário.

Se há **bolsa** ou outra contraprestação, não têm quaisquer delas a natureza jurídica de salário ou remuneração. É modalidade de auxílio, ajuda de custo, que ajuda o estudante a estudar.

Este o espírito da lei. Já o era o da Portaria nº 1002, de 29 de setembro de 1967 e dos instrumentos normativos que a seguiram até ao advento da lei vigente.

Abrir espaço ao estudante, não para privilegiá-lo no árduo mercado de trabalho, na disputa da vaga, do emprego ou do cargo, mas para apetrechá-lo para a disputa posterior.

Da leitura do texto legal, transparecem com absoluta nitidez os objetivos que buscou alcançar. Afastando a constituição do vínculo empregatício, as conseqüências da relação laboral que assustam o empresário e são, via de regra, defesas ao administrador público, salvante as exceções previstas, multiplica a possibilidade de acesso a um campo de atividade especializada, coerente com a formação que vem recebendo o estagiário na instituição de ensino, e que lhe permite combinar a teoria e a prática.

Por essa razão, o estágio de que cuida a Lei 6.494/77 não cria vínculo empregatício de qualquer natureza. Como conseqüência, o período em que se desenvolve o estágio não pode ser havido como tempo de serviço público ou privado. E não cabe a qualificação, pelo singelo motivo que não é tempo de serviço, tempo de trabalho. É de estudo, de estágio.

É verdade que tempo de estudo pode, *ope legis*, ser tido como tempo de serviço para algum ou para todos os efeitos legais. Quando se desejou tal conseqüência ela foi determinada de modo claro e inequívoco. Assim, para os membros das Forças Armadas, o tempo de estudante de Colégio Militar ou de Academia Militar, e no Estado, para os membros da Brigada Militar, o tempo de estudante do Curso de Formação de Oficiais - CFO, da Academia de Polícia Militar, computam-se integralmente como tempo de serviço público federal ou estadual, em cada hipótese, e para os fins previstos.

Tempo de estudo só por ficção legal é tempo de serviço. Se a lei que determina o modo de cômputo do tempo de serviço público não engendra a ficção, ficção não há. Período de estudo, de estágio, continua a ser período de estudo, de estágio.

Nem se diga que a Lei 6.494, de 7 de dezembro de 1977, produziu efeito perverso, negando ao estudante a vantagem da qualificação do período de estágio como tempo de serviço

público ou privado. Certamente as empresas privadas seriam menos generosas na oferta de vagas de estagiários e menos preocupado o serviço público em oferecer reais condições de aprendizado, de experiência complementar ao estudante.

A vantagem do estudante que cumpre estágio não é diferida no futuro. É atual. Melhor, ela se colhe no dia a dia, à medida em que as situações de aprendizagem se sucedem e passam a incorporar-se ao acervo de experiências positivas do estudante, integrando os programas curriculares da Instituição de Ensino que frequenta, com os desafios de ordem prática oportunizados pela entidade concedente.

Esse, pois, o "clima" do estágio regulado pela Lei Federal, em alusão. O que desbordar do esquema legal proposto fraudava os objetivos perseguidos. Não é estágio de complementação de ensino e aprendizagem. É, nos entes da Administração Pública Estadual, direta centralizada ou descentralizada, burla à proibição de contratar fora do estreito linde permissivo esboçado no artigo 106 da Constituição do Brasil. Viola as sucessivas leis e outras normas infralegais que no Estado do Rio Grande do Sul, há muito tempo, vêm sendo editadas, precisamente para inibir o recrutamento de servidores públicos à margem do regime institucional-estatutário.

Mais que isto, a admissão do empregado sob a capa de estagiário, frustra um instrumento adequado de capacitação profissional, tentativa meritória de aperfeiçoar o sistema de ensino brasileiro, integrando-o à sociedade para a qual se destina o produto final da escola.

Nessa linha, cumpre assinalar que a conclusão do Parecer 4960/PGE é irretocável, enfatizando a observância dos requisitos previstos na lei, "sob pena de descaracterizar-se o estágio (como ocorreu no caso que deu origem ao transcrito Acórdão 213/81, do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª. Região)" (fls. 11, do Parecer).

Dito Parecer, aprovado em 14 de maio de 1982, pelo então Procurador-Geral do Estado Professor MÁRIO BERNARDO SESTA, mantém-se pelos sólidos fundamentos que o sustentam, como orientação merecedora de vigência.

Nem se objete, que pronunciamento posterior desta Casa, o Parecer nº 5399, da lavra do Procurador do Estado Doutor JORGE ALBERTO DIEHL PIRES, aprovado pelo Chefe do Poder Executivo em 3/11/83, teria revogado a orientação preconizada em 1982.

É verdade que a conclusão do Parecer 5399, ao não invocar as condições fácticas do pretense estágio, deixou de descrever o elemento primordial que a determinara, ou seja, a circunstância de o Serviço Público Estadual em estágio de complementação educacional, ter designado a estagiária (ao que me consta estudante do curso de Administração de Empresa) para a função de dactilógrafa, com jornada diária de 8 horas!

Louva-se o Parecer em informação do então Coordenador Jurídico da Casa Civil, Procurador do Estado ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI que opinava pela valorização do período de estágio como tempo de serviço, por considerar que o "serviço" prestado é não apenas "de facto", mas com apoio em instrumento jurídico.

Ora, no caso que ensejou a edição do Parecer 5399, houve realmente serviço, prestação de trabalho, o que não houve foi a complementação da aprendizagem, a adequação das experiências oferecidas pela entidade concedente com o programa de estudos curriculares da Instituição de Ensino freqüentada pela estudante.

Bem a hipótese descrita no Acórdão 11543, do TRT da 8ª Região ou no Acórdão do TRF, transcritos a fls. 9 do Parecer 4960, ambos coincidentes ao reconhecer, no desvirtuamento

do estágio, o vínculo juslaboral e o conseqüente cômputo do tempo, como de serviço.

Com essas observações, ou o Parecer 5399, mantém-se por adequado à situação de fato que solucionou, e corretamente, no meu entender, ou então, para evitar a incoerência que resultaria de uma compreensão generalizada das duas conclusões, deve ser formalmente revogada a orientação ali esboçada.

Para concluir, em síntese:

1. O período de estágio, prestado em conformidade com as exigências da Lei 6.494/77, não constitui tempo de serviço quer público, quer privado;
2. Os entes da Administração Pública Estadual, direta ou indireta, deverão atender rigorosamente ao preconizado na aludida lei e no Decreto nº 31.302/83, pena de responsabilidade civil e disciplinar dos agentes que operam a admissão ou o desvirtuamento do estágio;
3. As repartições públicas poderão e deverão expedir, a requerimento do estagiário, certidão de **estágio** de complementação de ensino e aprendizagem pelo período de sua duração, mas não certidões ou grades de tempo de serviço público;
4. A alegação de estagiários que em realidade não tenham cumprido estágio, mas prestado serviço em condições semelhantes aos demais servidores da entidade concedente, deverá ser cumpridamente provada para gerar os afeitos pretendidos;
5. A contagem do período de estágio como tempo de serviço público que, com fundamento no Parecer 5399/PGE,

eventualmente tenha sido deferida, deverá ser mantida em respeito ao princípio da estabilidade das relações jurídicas e à presunção de legalidade de que gozam os atos administrativos;

6. No caso dos autos, não pode esta Procuradoria-Geral fornecer certidão ou grade de tempo de serviço, contínuo ou não, relativo ao período de estágio de FERNANDO AUGUSTO CHITTONI RAMOS, que até prova em contrário, prestou estágio nos termos da lei, visto que o descumprimento ou a fraude à Lei não se presume.

É o Parecer, **salva reverentia**.

Porto Alegre, 21 de agosto de 1987.

SUBSÍDIOS PARA EX-GOVERNADORES

Parecer nº. 7284

Declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 7.285, de 23 de julho de 1979 - Conseqüência.

Natureza jurídica da vantagem instituída pelo artigo 199 da Carta Estadual.

Pressupostos para intitulação ao subsídio de ex-Governador: exercício do cargo em caráter permanente e cessação da investidura.

Não incidência do artigo 99 e seu § 4º, da Constituição Federal.

Vem ao Conselho Superior desta Procuradoria-Geral expediente em que o Senhor Secretário da Fazenda solicita notícia a respeito da arguição de inconstitucionalidade do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 7.285, de 23 de julho de 1979, bem como a definição de orientação jurídico-administrativa às situações descritas no Ofício nº 001/87 e na consulta de fls. 2 a 5, encartados nos autos.

Sobre dois pontos deve, pois, manifestar-se esta Procuradoria:

Primeiro, quanto à sorte da arguição de inconstitucionalidade de dispositivo da Lei nº 7.285/79. Segundo, quanto à percepção dos subsídios pelos ex-governadores, e à possibilidade de cumulação com proventos de inatividade, remuneração correspondentes a órgão de direção de sociedade de economia mista, e subsídios de mandato eletivo, ou subsídios da mesma natureza do previsto no artigo 199 da C.E., por exercício do mandato de governador em dois Estados da Federação.

Cinge-se, assim, a questão em exame aos subsídios devidos pelo Estado aos ex-governadores, nos termos do artigo 199 da Constituição Estadual que na redação vigente, fruto da Emenda Constitucional nº 9, de 12 de julho de 1979, reproduz o conteúdo do artigo 184 da Carta Federal.

Toda a controvérsia radica em disposição de lei estadual que a pretexto de regulamentar o retrocitado artigo 199, criou restrições à percepção da vantagem ali instituída, através de causas impeditivas ou suspensivas da **benesse**.

Instada a opinar sobre a lei em causa, precisamente a de nº 7.285/1979, esta Casa, apontou-lhe a inconstitucionalidade, eis que por lei ordinária pretende-se alterar ou reduzir a eficácia natural de norma de hierarquia superior. Tal procedimento descumpriu o processo legislativo prescrito na Lei Maior e de observância obrigatória para os membros federados, a teor do artigo 13, III da Constituição Federal.

O parecer então emitido, nº 6.473, de 6 de dezembro de 1985, das lavra do Procurador do Estado Doutor MAURÍCIO AZEVEDO MORAES, e mais pronunciamentos anteriores dos Procuradores do Estado Professor ALMIRO DO COUTO E SILVA (Parecer nº 2921 e nº 4120) e Doutora ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY (Parecer nº 5999), acompanharam as razões encaminhadas pelo então Governador do Estado ao Procurador-Geral da República (Of. GG-005, de 08/01/86), dando notícia da manifesta inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º, da Lei nº 7.285/79.

Proposta pelo respectivo titular a ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 9 de abril do corrente ano, conheceu da Representação, por maioria, e também por maioria julgou-a procedente, para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.285/79.

Do resultado do julgamento, deu o Pretório Excelso conhecimento ao Chefe do Poder Executivo Estadual, através do ofício nº 36/87, de 21 de abril de 1987, tendo esta Procuradoria-Geral obtido cópia reprográfica das notas taquigráficas do julgamento em meados de agosto do ano corrente.

Cai, destarte, o indigitado parágrafo, que assim dispunha:

“Art. 1º - ...

Parágrafo único - o exercício de cargo ou função pública, assim como emprego em sociedade de economia mista, empresas públicas ou entidades com participação majoritária da União, dos Estados ou dos municípios, é causa impeditiva ou suspensiva da percepção do subsídio.”

Cabe, nesse passo, indagar que conseqüências se deduz da decisão do Supremo Tribunal.

A primeira é que, como já o fez em reiteradas ocasiões, reconheceu o Supremo Tribunal Federal aos Estados, competência para conceder, ou não o benefício inculcado no artigo 184 da Constituição Federal. Reconheceu, também, que não estando obrigados os Estados-Membros à previsão do subsídio aos ex-governadores, se a opção for positiva, a regra do artigo 184 funciona como teto de condescendência. Em outras palavras, podem igualar, podem restringir, mas não podem elastecer ou ampliar a vantagem. De modo que o Estado do Rio Grande do Sul poderia, a exemplo do que fez o Estado de Alagoas, estabelecer pressupostos mais rigorosos do que os previstos na Carta Federal para a percepção do subsídio, condicionando-a, v.g., à ausência de qualquer remuneração, proventos, salários ou gratificações pagas por entidades de Administração Pública direta e indireta. O que não poderia, no entanto, era somar aos supostos da regra constitucional, outros pressupostos restritivos, mediante lei ordinária.

Exposta a manifestação da Corte Suprema, cujo inteiro teor só agora foi acessível a esta PGE, resta o segundo ponto a propósito do qual expressa o Departamento de Pagamento de Pessoal da Secretaria da Fazenda, suas perplexidades.

A percepção da vantagem instituída pelo artigo 199 da Carta Estadual, ajustada ao modelo do artigo 184 da Lei Maior, exclui a percepção de proventos de aposentadoria, de subsídios decorrentes do exercício de mandato eletivo em curso, de gratificações pelo exercício de direção de sociedade de economia mista, ou, até mesmo de representação da mesma natureza por ter o ex-governador do Estado exercido o mandato eletivo de Governador de outro Estado da Federação?

Em outras palavras, a "especialidade" da vantagem do artigo 184 da C.F. afasta ou não a incidência do artigo 99 e seu § 4º?

Embora a questão não se tenha posto nesses termos ao exame do Supremo Tribunal e a "questão federal" que ensejou o conhecimento da representação nº 1.309-0 RS, diga com a violação do artigo 13, III da C.F., aquela Corte pouco dizendo sobre o tema, em verdade muito disse.

É que, julgando improcedente ação direta de inconstitucionalidade de disposição da Carta Política de Alagoas, que além dos pressupostos do paradigma federal incluía outras restrições, entendeu-as o Supremo Tribunal adequadas e até criteriosas. Pois bem, tais restrições, consistiam precisamente na proibição de percepção cumulativa do subsídio com qualquer outro estipêndio recebido dos cofres públicos federais, estaduais ou municipais, a qualquer título.

Se assim o entendeu é porque, à evidência, a proibição do artigo 99 e seu parágrafo 4º, não incide com relação à vantagem do artigo 184. Ou, dito de outro modo, esta não é considerada a definição do acúmulo defeso.

Talvez porque, no molde do artigo 184, se lhe dá a natureza jurídica de Representação, com o que, tecnicamente, não é vencimento, nem provento, nem salário, nem mesmo pensão. É Representação.

A propósito, vale transcrever excerto do voto do Ínclito Ministro NÉRI DA SILVEIRA, Preliminar de conhecimento da Representação nº 1.309-0 RS, *verbis*:

"O tratamento especial pecuniário, que se garante ao Presidente da República, cessada a investidura, nas condições da regra maior transcrita, é, assim, de nível constitucional, à semelhança do que ocorre com os subsídios do Chefe do Poder Executivo, no exercício de suas funções (Constituição Federal, artigo 44, VII). Conhecida é a origem do dispositivo do artigo 184, que se inseriu na Carta Magna, como forma de amparo à pessoa do ex-Presidente e em virtude da honorabilidade do cargo."

Com a agudeza e precisão que lhe são conaturais, o Eminentíssimo julgador evitou utilizar expressões como pensão, vencimento ou provento, como a destacar o caráter e natureza especiais da vantagem.

Também impressiona, e aqui o argumento é "a contrário", a afirmação presente em diversos votos de que "se inscreve no domínio discricionário da legislatura do Estado federado o tema do acolhimento ou rejeição de semelhante preceito"(voto do Ministro FRANCISCO REZEK), bem como a possibilidade de restrição do benefício.

Precisa, novamente, a esse propósito, a afirmação do Ministro NÉRI DA SILVEIRA:

"Só por via de emenda à Constituição é que se pode introduzir no ordenamento jurídico estadual gaúcho, o que a lei ordinária pretendeu fazê-lo".

Ora, o que a lei ordinária pretendeu introduzir no ordenamento jurídico estadual gaúcho?

A resposta parece clara: a inovação da Lei nº 7.285, está no parágrafo único do artigo 1º, vedando a percepção cumulativa do subsídio de ex-governador com vencimento de cargos ou funções públicas ou outras vantagens pagas por entidades da Administração Pública.

Considerou-se, pois, no **decisium** sob exame, que tal vedação, limite ou restrição não se encontrava no ordenamento jurídico do Estado, o que equivale a dizer que a regra do artigo 99 de C.F., que contém as exceções à proibição qual de acúmulo de remunerações não alcança a benesse instituída pelo artigo 199 da Carta Estadual, como igualmente não atinge a súmula federal.

Essa a moldura constitucional, autorizada pela reiterada interpretação do Supremo Tribunal, dentro da qual se há de modelar a orientação jurídico-administrativa do Estado na matéria, sintetizada nas seguintes conclusões:

1. No Estado do Rio Grande do Sul, os pressupostos para intitulação à representação de que cuida o artigo 199 da C.E. resumem-se ao exercício do cargo de Governador em caráter permanente. Não incidência do artigo 99, § 4º, da C.F.
2. Os ex-Governadores fazem jus ao tratamento pecuniário especial previsto no artigo 199, a contar da cessação da investidura no cargo.
3. A natureza da vantagem em tela é de representação, não se sujeitando a sua percepção a quaisquer condições.
4. Os atuais beneficiários são titulares de direito subjetivo de caráter vitalício, devidamente incorporado à esfera

jurídica, situação imodificável e resguardada pelo artigo 153, § 3º da C.F., e só suprimível por norma constitucional federal (Cfr. Parecer nº 3032, **passim**, Parecer nº 4120, item 2 e Parecer nº 2921, item 9).

5. A percepção da vantagem independe de requerimento, vez que o "subsídio que têm os ex-Governadores é já direito formado, e não apenas direito formativo, cujo exercício é que constituiria, para o Estado, o dever jurídico de efetuar o pagamento", como definiu exemplarmente o Procurador do Estado Professor ALMIRO DO COUTO E SILVA, *in* Parecer nº 2921, itens 7 e 8.
6. Sujeito exclusivamente à concretização dos supostos de fato do artigo 199 (exercício permanente do cargo e cessação da investidura), o pagamento do subsídio aos ex-governadores independe de opção (não há entre o que optar), cabendo ao Estado apenas satisfazer a prestação a que constitucionalmente está obrigado.

É o Parecer, **salva reverentia**.

Porto Alegre, 7 de outubro de 1987.

AFETAÇÃO DE BEM A SERVENTIA PÚBLICA: IRREVERSIBILIDADE

Parecer nº 7370

Desapropriação pelo Município de área de terras, com recursos federais, para posterior transferência à entidade privada.

Edição, no curso da ação expropriatória, de Lei Municipal autorizando a doação do terreno ao Estado, para construção de Escola Estadual.

Revogação da lei após a construção e funcionamento da unidade de ensino.

Posterior doação da área, pelo Município, à Fundação Educacional de direito privado. Ineficácia da disposição por ter o bem se incorporado ao domínio público.

Afetação de bem, por ato jurídico e fato jurígeno, a uma serventia pública: irreversibilidade.

Ao exame do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral submete-se expediente em que a Secretaria da Educação e Cultura consulta sobre proposta de comodato formulada ao Estado pela FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DA REGIÃO DOS VINHEDOS.

A situação que enseja a proposta pode ser assim resumida:

Em 1979, o Município de Bento Gonçalves editou a Lei Municipal nº 891, de 13 de março, pela qual foi o Poder Executivo autorizado a doar ao Estado, para a Construção da Escola Estadual de 1º Grau Dona Isabel, uma área de terra de 20.430m², localizada no Bairro São Roque.

Sobre essa área, descrita no expediente conforme documentação do respectivo Registro de Imóveis, em data não precisada, provavelmente entre 1979 e 1982, levantou o Estado nove pavilhões, nos quais funciona a unidade escolar nominada, pelo menos desde 7 de maio de 1982. ((f. 17).

No período sinalado, várias diligências foram intentadas com o objetivo de efetivar a doação do terreno, vez que o encargo cometido ao Estado já fora cumprido.

Em 9 de setembro de 1982, o Exator de Bento Gonçalves informa (fl. 20) que o Município só tem posse provisória do terreno, havendo processo de desapropriação em juízo, pendente de decisão. Instado o servidor fazendário a melhor detalhar a informação, pronuncia-se a 12 de abril de 1983, esclarecendo que o processo aguarda apenas o pagamento da indenização da área à Fundação Educacional da Região dos Vinhedos e, que, segundo "informações verbais do Assessor Jurídico da Prefeitura Municipal, após a indenização, a mesma fará nova lei doando a área em questão ao Estado do Rio Grande do Sul." (Sic - f. 22)

Observa-se que dita informação é duplamente equivocada. De um lado, por mencionar Fundação como expropriada, quando esta era Madem S/A, sucessora de Tanoaria Bento Gonçalves Ltda.; de outro, por indicar a intenção da Administração local em efetivar a doação ao Estado através de nova lei, quando já fora revogada a Lei 891/79, através da Lei 1.119, de 26 de julho de 1982, autorizando a doação, não ao Estado, mas à FERVI.

Note-se, por oportuno, que o município permaneceu omissos, mantendo longo silêncio a respeito do problema.

Provocado por ofício do Secretário da Educação, datado de 6 de agosto de 1983 (fl. 41), só um ano mais tarde vem o Prefeito daquela comuna esclarecer os fatos, afirmando que

a desapropriação do imóvel iniciada em 1977, se dera com a finalidade específica de repassá-lo à Fundação, eis que a União havia transferido ao Município os recursos necessários ao pagamento da indenização, com aquele objetivo e que, por isso, não podia se consumir a doação ao Estado (of. 6 de agosto de 1984 - f.45).

Ajunta o Prefeito, ainda, que "com relação ao prédio que o Estado do Rio Grande do Sul construiu no imóvel, parece-nos mais viável, como sugestão, um contrato de comodato com a FERVI".

Nesse passo, cabe ressaltar que a expropriação não se havia consumado, embora transitado em julgado o Acórdão da 2ª. Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado, que negou provimento aos recursos voluntários e, em reexame necessário corrigiu a sentença, para fixar como data do início da correção monetária a da própria sentença, determinando, outrossim, a exclusão dessa correção relativamente à soma já recebida pela desapropriada, quando da imissão do expropriante, **initio lictis**.

Como o expediente não informa a data em que se realizou o pagamento da indenização, o que se pode afirmar é que a área em discussão foi integrada ao domínio municipal, em cuja posse se encontrava, desde 23 de fevereiro de 1977, depois de 1984 e antes de janeiro de 1986.

Finalmente, dão conta os autos, que por escritura pública lavrada a 14 de agosto de 1986 e registrada no Registro de Imóveis da Comarca de Bento Gonçalves a 10 de outubro do mesmo ano, o imóvel objeto da expropriação, com área de 30.015m² (dentro do qual se localiza a fração de 20.430m², descrita na Lei nº 891/79, sobre a qual o Estado construiu) foi doado à Fundação Educacional da Região dos Vinhedos (f. 110)

Até aqui o Relatório.

Consta dos autos, em numerosas passagens, a afirmação de que o Estado edificou sobre terreno de propriedade da Fundação. Tal assertiva é ilusória e representa inversão na cronologia dos fatos.

Em verdade, o Estado fez construção sobre área de propriedade de Madem S/A, área essa na qual o Município de Bento Gonçalves se encontrava imitado na posse, desde 23 de fevereiro de 1977 (fl. 12). A expropriada, Madem S/A, por alvará judicial de 3 de março do mesmo ano, levantou 80% do depósito inicial, limitando-se a discutir na contestação o valor oferecido a título de indenização.

É certo, pois, que o Estado construiu os pavilhões da Escola Estadual de 1º Grau Dona Isabel, sobre parte da área expropriada, sujeita à posse do Município.

Cuide-se que dita área não foi escolhida aleatoriamente, mas definida em lei municipal que, identificando-a e autorizando a doação ao Estado, **afetou-a a uma serventia pública**.

O ato legislativo municipal, provavelmente editado, como é costume, após a obtenção da concordância do Estado em tratativas preliminares, restaria quiescente e até mesmo ineficaz, não tivesse o Estado, como lhe cabia, promovido a execução do encargo cometido e aceito, levantando os prédios, provendo o estabelecimento de professores e da infraestrutura necessária ao seu funcionamento, para afinal, oferecer ao segmento da comunidade local o serviço público do Ensino de 1º Grau, que é direito da clientela e dever do Estado, por cláusula constitucional.

Certo que a Lei nº 891/1979 não investiu o Estado na titularidade dominical do imóvel. A observação, aparentemente óbvia, contudo se impõe, posto que, em numerosas peças do processo, se lê que através da Lei fez o

Município doação ao Estado ou que o fez à FERVI.

Não é demasia, pois, lembrar, que o provimento legislativo em causa faz cessar a inalienabilidade de bem público (ou que venha a sê-lo), providência indispensável que antecede os negócios jurídicos de disposição de bem daquela espécie.

Destarte, a Lei nº 891/1979 não doou, como não poderia aliás doar. Mas, e aqui o cerne da questão, consubstanciou ato jurídico de destinação do bem a uma finalidade de utilidade pública, cominando, ainda, ao Estado do Rio Grande do Sul o encargo respectivo, consistente na construção da Escola D. Isabel.

Em outras palavras, desvelou o texto legal predito, o clímax de todo um procedimento administrativo de cooperação entre a órbita de poder local e a regional, tendente a dotar a cidade de nova e melhor aparelhada unidade de ensino. Repartidos os ônus (o Município provendo a área física, o Estado construindo e respondendo pelos recursos humanos), possibilitou-se a prestação de serviço público indispensável, mais que isso, obrigatório ao mando dos artigos 176, § 1º e § 3º, II, da Carta Federal, 183, § 1º e 185, II, da Constituição do Estado.

Se, como os autos demonstram, a municipalidade declarara o imóvel de utilidade pública para fins de desapropriação, com o intuito expresso de doá-lo à FERVI (Decreto nº 818, de 21 de janeiro de 1977 - f. 90), tendo inclusive recebido recursos federais para tanto, a realidade é que tais circunstâncias foram omitidas, delas não tendo conhecimento o Estado.

Este mais não fez que atender ao avençado. Recebendo a posse do terreno, nele edificou. **A afetação ao domínio estadual assim operada é fato irreversível.**

Se, posteriormente, em outubro de 1986, registrou-se

em favor da Fundação a escritura de doação, é problema que ao Município e à Fundação toca resolver.

Atente-se que à construção levantada pelo Estado em terreno alheio não se aplica a regra do artigo 547 do Código Civil Brasileiro. Exatamente sobre esse tema, teve a relatora do presente ensejo de afirmar:

...“a construção em terreno alheio, espécie do gênero acessão, não se submete, quando se trata de obra pública, ao preceito do artigo 547 do Código Civil, cuja incidência fica afastada. A prevalência do interesse público exige solução diversa, uma vez que a aplicação da regra aludida importaria na perda da construção em benefício do proprietário do terreno.” (in “os fatos Naturais no Direito Administrativo”. Revista da Consultoria-Geral do Estado, v. 9, nº 23, f. 54 - 1979).

Afasta-se, também, a norma do artigo 59 do Código Civil Brasileiro (na espécie, combinada com o artigo 61, III), que ao consagrar o princípio da gravitação jurídica, na expressão de Santiago Dantas, tem, no artigo 547 do CCB, mero corolário.

É que, **in casu**, a relação de administração (afetação do bem, por construção, a uma finalidade pública) domina a relação de direito subjetivo subjacente (propriedade), paralisando as virtuais faculdades inerentes ao domínio, tal como as sintetizou o artigo 524, do diploma civil nacional.

Esse, aliás, o magistério incontestável de RUY CIRNE LIMA, *in verbis*:

“No Direito Administrativo, a relação de administração domina e paralisa a de direito subjetivo.

...

É indiferente quem seja o proprietário da coisa vinculada

ao uso público. A relação de administração paralisará, em qualquer caso, a relação de Direito subjetivo" (in "Princípios de Direito Administrativo". Sulina. 1964. p. 53 e 54).

Desse entender não destoa DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, quando ensina:

"Afetação ao domínio público por fato jurígeno ocorrerá, por hipótese, com a construção de uma obra pública num terreno particular; observe-se que neste caso, porque a afetação não se deu através de uma desapropriação regular - que seria uma afetação por ato jurídico - há uma ilicitude que se resolve em perdas e danos." (in "Curso de Direito Administrativo"- Forense, 3ª. Edição, 1976, f. 261).

Bem serve o exemplo mencionado pelo autor, para elucidar a matéria versada no expediente.

O terreno sobre o qual o Estado edificou encontrava-se sob posse provisória do Município, sendo a titularidade domínial incontroversa de Madem S/A. A instâncias do possuidor e com o óbvio consentimento deste, recebe o Estado a posse e realiza a destinação prevista em Lei Municipal, então em vigor.

- Quem poderia se opor?

Admite-se que, em princípio, pudesse o expropriado (Madem S/A) insurgir-se contra a alteração da destinação invocada no Decreto e na inicial da ação expropriatória, modificação essa operada no curso da lide. Todavia, a alegação de predestinação não teria êxito, porque consistindo ela a não aplicação no bem à finalidade para a qual foi desapropriado, tem-se como não configurada **"se o bem for aplicado a outra finalidade pública, que não aquela mencionada no ato expropriatório"**. (MOREIRA NETO, op. Cit., p. 296).

Vê-se, assim, que nem mesmo o proprietário da área, no curso da ação ou consumada a desapropriação, teria qualquer pretensão real ou pessoal contra o Estado.

Ora, na seqüência dos fatos descritos no expediente e resumidos no Relatório, houve-se o Estado com boa fé e correção. A outorga da escritura de doação à FERVI, quando a área ora reclamada, por dupla afetação (ato jurídico - consubstanciado na Lei 891/79 e fato jurígeno - concretizado pela edificação), já integrava irreversivelmente o domínio público estadual, foi, ao meu sentir, ineficaz. Na verdade, efeito outro não produz a não ser eventual pretensão do beneficiário contra o disponente. Pretensão real não há. Pessoal, talvez, mas não contra o Estado.

De todo o exposto, não merece ser acolhida a proposta da Fundação Educacional da Região dos Vinhedos. De comodato ou qualquer outro negócio jurídico não se há de cogitar, posto que importaria (ou poderia importar) em reconhecer pretensões da proponente contra o estado, na verdade, pseudo-pretensões, eis que, como se procurou demonstrar, carecem de base legal. Pelas mesmas razões, as exigências feitas pela Fundação para "emprestar" o terreno ao Estado (pavimentação das vias de circulação, ampliação do número de professores cedidos etc...) devem ser afastadas.

Em síntese, nenhuma providência há de ser diligenciada pelo Estado, que altere ou modifique a situação jurídica do imóvel. Afetado ao uso público, sem que o Estado tenha violado qualquer preceito de direito positivo e sem qualquer ofensa aos ditames da boa fé, não pode o bem reclamado ser distraído da serventia a que ato e fato o destinaram.

É o parecer.

Porto Alegre, 12 de janeiro de 1988.

MAGISTÉRIO - APOSENTADORIA PRECOCE

Parecer n.º 7700

MAGISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

Cômputo do tempo de efetivo serviço de magistério, para aposentadoria precoce.

Orientação do Parecer n.º 5744/1984: Proposta de alteração.

Diversos professores, integrantes do Quadro de Carreira do Magistério Público Estadual, encontrando-se designados para integrar a Equipe de Processo Administrativo-Disciplinar, da Procuradoria Geral do Estado, por força do artigo 5º, do Decreto n.º 21.237, de 5 de agosto de 1971 (posteriormente modificado pelo Decreto n.º 25.957, de 20 de setembro de 1977, que em seu artigo 15 substituiu a expressão designar por requisitar), requereram ao Procurador-Geral do Estado, no ano de 1984, o esclarecimento de sua situação funcional, diante da interpretação, ainda não assentada, da norma redutora de serviço para a aposentadoria, baixada pela Emenda Constitucional n.º 18/81.

2. Examinada a questão, nesta Casa, editou-se o Parecer n.º 5744, de 12 de julho de 1984, subscrito pelo Procurador do Estado Doutora ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH, que concluiu, à luz do disposto nos Decretos Estaduais referidos, e mais o 25.181/76, ser computável "como efetivo serviço de magistério, para os efeitos de aposentadoria especial estatuída na Emenda Constitucional n.º 18/81, o tempo em que, designados por força do artigo 5º do Decreto n.º 21.237/71..., integraram a equipe de Inquiridos Administrativos desta Procuradoria-Geral do Estado".

3. Observa-se que, à época, discutia-se o real e verdadeiro

sentido da expressão "efetivo exercício de magistério", clausulada na E.C. n.º 18/81, e tanto na instância administrativa quanto na jurídica, não foram poucas as decisões divergentes, ora para restringir-lhe ora para ampliar-lhe a abrangência.

Na instância administrativa estadual, pendeu-se, de início, para uma rigorosa interpretação da cláusula em apreço, como se vê no Parecer n.º 4802, do Procurador do Estado Doutora ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS, entendendo-a como docência em sala de aula, sinônimo de professor-giz. Posteriormente, exegese mais ampla do "efetivo exercício de magistério" seria consagrado no Parecer n.º 4864, do Procurador do Estado Doutor JORGE ARTHUR MORSCH, adotado pela Administração Estadual como razão de decidir e padrão interpretativo, na matéria.

4. Dessa sorte, quando se colocou em exame a questão dos professores em exercício nos diversos órgãos integrantes do Gabinete do Governador, atendeu-se a esta última interpretação, então vigorante, e ao fato de que norma estadual, vigente desde 1976, considerava o tempo em que o servidor permanecesse à disposição do Gabinete do Governador, "como merecimento para todos os efeitos" (Decreto n.º 25.181, de 30 de dezembro de 1976, artigo 2º).

5. Cabe, por oportuno, mencionar, que pronunciamento do então Coordenador da Assessoria Jurídica da Subchefia para Assuntos Jurídicos e Legislativos, da Casa Civil, Procurador do Estado Doutor NEY SÁ, esposara já tal entendimento, ao dirimir controvérsias relativas a aposentadoria da Professora Vilma Muñoz da Silva, afirmando, *verbis*:

"... professora posta à disposição do Gabinete do Governador tem direito de computar esse tempo como de exercício do cargo. Decreto n.º 25.181, de 1976, artigos 1º e 2º."

6. Por todas essas razões, o Parecer nº 5744, merecendo a aprovação do Chefe do Poder Executivo, em despacho de 19 de julho de 1984, definiu a situação subjetiva dos interessados requerentes e de quantos mais em posição idêntica se encontrassem.

7. Forte na orientação adotada no Parecer nº 5744, até então incontestado, a Titular da Pasta da Administração, em ato público no Boletim 7449, Diário Oficial do Estado, de 17 de dezembro de 1984, aposentou o Professor Agostinho Casarin, remetendo o respectivo expediente à Corte de Contas, em 2 de janeiro de 1985.

A 18 de novembro de 1986, aquela Corte, acolhendo pronunciamento de sua Auditoria e Procuradoria, decidiu, pela Primeira Câmara, negar registro ao ato.

8. Vem, então, já correndo o ano de 1987, o expediente à consideração desta Casa.

Distribuído ao Conselho Superior, recebi e RELATEI.

9. O problema que se põe à reflexão deste Colegiado diz com a manutenção ou alteração da diretriz interpretativa fixada no Parecer nº 5744/84.

Em outras palavras, o membro do Magistério Público Estadual tem direito a computar como de efetivo exercício de magistério, para os efeitos da aposentadoria especial introduzida pela Emenda Constitucional nº 18/81, o tempo de serviço em que esteve requisitado para atuar em Processos Administrativos-Disciplinares, ou à disposição de Órgão integrante do Gabinete do Governador, como afirmava aquele Parecer.

10. Comentando a orientação definida no Parecer 5744, pronunciamento do Tribunal de Contas sustentou ser a norma

constitucional infensa à lei ordinária, não podendo ser modificada ou ampliada por via de decretos (Parecer 67/86, fls. 46, in fine).

11. Ora, não se tratava, à evidência, de sobrepor ao texto constitucional a norma dos provimentos executivos mencionados, mas de atuação valorativa do intérprete na inteligência da locução "efetivo exercício de magistério". Numerosos preceitos dos entes federados e de fontes produtoras distintas estabelecem ficções de exercício, freqüentes e comuns na tradição jus-administrativa brasileira. Portanto, nada a estranhar na orientação preconizada do Parecer nº 5744, julgada, então, adequada por seus fundamentos, em momento em que as decisões, a propósito da Emenda Constitucional nº 18/81, não haviam tomado feição uniforme, encontrando seu leito natural.

12. Dizer-se, por outro lado, que o texto constitucional em discussão constitui norma auto-aplicável (Parecer 67, fls. 46), não acrescenta luzes ao desate da controvérsia, porquanto nesta Casa nenhuma dúvida foi suscitada quanto à eficácia plena da Emenda Constitucional nº 18/81, bastante em si, na expressão de Pontes, para incidir e atualizar todo o potencial normativo que nela se continha.

13. A questão, todavia, era bem outra: A interpretação do conceito "efetivo exercício de magistério", que tanto dissídio levantou nas Cortes Judiciais e instâncias administrativas. Assim como as cláusulas gerais e os conceitos éticos-juridicizados, os conceitos-tipo e os conceitos técnicos impõem ao intérprete a fixação de conteúdo, que não se divorcia do contexto de ordenamento jurídico vigentes e das condicionantes variáveis no tempo e no espaço que impregnam esse mesmo ordenamento.

14. Por essa razão, ainda que hoje se possa considerar superável o posicionamento adotado então visualizado no

contexto em que se editou apresenta os caracteres de razoabilidade, adequação e cautela que devem presidir a interpretação de texto novo.

Certamente, as vicissitudes da interpretação judicial e administrativa, que por sete anos vêm se produzindo em torno do tema, trazem oportuna a revisão das conclusões do Parecer 5744.

Com efeito, a evolução da jurisprudência deu-se mais numa linha restritiva da expressão "efetivo exercício de magistério", não obstante, v.g., a inclusão do tempo de licença para qualificação profissional do membro do magistério, como efetivo exercício para os efeitos da aposentadoria precoce.

Nessa linha restritiva, em que pese a exceção apontada, parece não haver lugar para sustentar-se que os professores requisitados na forma do artigo 5º do Decreto nº 21.237/1971 (art. 15 do Decreto nº 25.957/1977) ou à disposição de qualquer Órgão integrante da estrutura do Gabinete do Governador (Decreto nº 25.181/1976) possam continuar valendo-se da **benesse** constitucional.

15. Faz-se, pois, necessário a alteração do standard interpretativo acolhido pelo Parecer 5744, com a chancela governamental, alteração essa que há de guardar certas cautelas.

Nem será preciso invocar, neste passo, toda a doutrina constituída sobre o princípio da segurança e estabilidade das relações jurídicas, e da confiança que deve presidir as relações da Administração com os administrados e seus funcionários, o "*quieta non movere*" a que alude FRITZ FLEINER, para concluir que a nova orientação não deve prejudicar situações definidas ao abrigo da diretriz revogada.

O tempo de serviço prestado aos Órgãos do Gabinete do

Governador ou mediante designação ou requisição do Procurador-Geral do Estado, até a data que for determinada e efetivada a divulgação dos novos critérios interpretativos, há de ser computado como de "efetivo exercício de magistério".

16. Se, por qualquer razão, na vigência dos padrões apontados pelo Parecer nº 5744, se algum professor subscreveu "declaração de renúncia ou desistência da aposentadoria especial" (consta que alguns o fizeram), tais declarações não de ser desconsideradas, e de nenhum efeito, posto que não se pode "renunciar" ou "desistir" da aplicação uniforme da lei; nem pode a Administração, presente os mesmos pressupostos de fato e de direito, desigualar seus servidores, diante da lei maior.

17. Isto posto, concluo:

A. Diante da evolução jurisprudencial não mais se justifica a orientação adotada pelo Parecer nº 5744/84, cabendo à autoridade governamental competente, *in casu*, o Chefe do Poder Executivo, se assim o entender, revogá-la expressamente.

B. Como consequência, os Membros do Magistério Público Estadual que, após a revogação indicada no item A, vierem a ter exercício nos Órgãos integrantes do Gabinete do Governador, não computarão tal exercício para os precisos efeitos da aposentadoria precoce.

C. Aos servidores em alusão, que forem surpreendidos pela providência do item A, será reconhecido o cômputo do tempo de exercício nos órgãos mencionados, como de efetivo exercício do magistério, até a data da revogação.

D. A eventual continuidade do exercício naqueles Órgãos não prejudicará a qualificação do tempo já prestado, mas não gozará do mesmo benefício, não sendo considerados para os efeitos da Emenda Constitucional nº 18/81.

Finalmente, acolhidas as proposições aqui articuladas, caberia à Administração Superior do Estado reencaminhar o expediente ao Colendo Tribunal de Contas, que à vista da orientação proposta, que não destoa de seu entender, resguardando, apenas, situações funcionais definidas na vigência de exegese normativa anterior, poderia reexaminar a matéria.

É o parecer.

Porto Alegre, 03 de novembro de 1988.

PENSÃO POR MORTE EM ACIDENTE DE SERVIÇO DIREITO DA COMPANHEIRA

Parecer n.º 9799

PENSÃO. Morte em acidente de serviço. A companheira que comprove a alegada condição é membro da família do "de cujus" e tem direito à pensão de que trata o artigo 154, da Lei nº 1751/1952.

Inteligência do artigo 266, parágrafo 3º da Constituição do Brasil de 1988.

Ao exame do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado, vem expediente em que a servidora do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem, DAER-RS, Nara Beatriz Maus Lopes, postula reconsideração do indeferimento do pedido de pensão que apresentara, pelo falecimento, em acidente de serviço, de Armando de Oliveira Barros, servidor da mesma autarquia.

Invocando a situação de concubina do falecido servidor, a interessada junta notas de compras de bens móveis, cópia de contrato de locação de imóvel residencial, bem como outros documentos particulares, tudo com o fito de demonstrar a relação concubinária, o convívio "*more uxorio*" e, conseqüentemente, segundo entende, o seu direito à pensão de que trata a lei estadual, escorada no artigo 266, parágrafo 3º da Constituição do Brasil.

A Assessoria Jurídica do DAER, ouvida em duas oportunidades (fls. 17 e 31/32) opina contrariamente ao reconhecimento da pretensão, na instância administrativa, concluindo que só em juízo o pedido poderia prosperar, eis que o "*de cujus*", de direito, mantinha o estado de casado e deixara, ainda, duas filhas desse casamento. Chega a sugerir,

inclusive, que a interessada e o falecido servidor podiam estar vivendo em adultério.

É o relatório.

Preliminarmente, cabe assinalar que a pretensão deduzida por Nara Beatriz Maus Lopes refere-se à pensão especial com fulcro no artigo 154, da Lei nº 1751/1952, que se destina a amparar a família do funcionário morto em objeto de serviço.

Conforme se verifica do expediente, a matéria foi tratada, no DAER, à luz da Lei nº 2717/1955, que cuida das chamadas pensões vitalícias, destinadas a pessoas que, entre outros requisitos, não dispunham dos meios necessários a prover a própria subsistência, o que, à evidência, não é o caso dos autos.

Recolocada a questão nos seus devidos termos, parece certo o fato, vez que em nenhum momento se o contesta, ter a morte do servidor ocorrido como consequência de acidente em serviço.

Está posto, pois, o requisito essencial para a outorga da pensão à família de Armando de Oliveira Barros. Resta, finalmente, saber, se a concubina é, ou pode ser, considerada membro da família do ex-servidor.

O conceito jurídico de família vem experimentando uma constante evolução, provocada pelos fatos sociais, por novos costumes, novas formas de relacionamento socialmente aceitas e que acabaram por se impor à consideração da jurisprudência, num primeiro momento, e, depois, à própria lei, de que é exemplo a regra consubstanciada no § 3º, do art. 266, em alusão.

Não se veja nesta disposição a equiparação do

concubinato ao casamento civil, mas apenas e tão só, a aceitação de que a família ou entidade familiar não se funda apenas no casamento legítimo, mas também na união estável entre o homem e a mulher.

Visualizada a questão nesta perspectiva, não há como negar que, para os efeitos pretendidos, a companheira é membro integrante da família do servidor falecido, como também o são as filhas menores a quem o mesmo pagava pensão alimentícia.

Em conclusão, podem habilitar-se à pensão em tela a requerente Nara Beatriz Maus Lopes, comprovando a condição de companheira, bem como as filhas do servidor Armando de Oliveira Barros.

É o parecer.

Porto Alegre, 31 de agosto de 1993.

**PARECERES
DO GABINETE
DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO**

SERVIDOR FERROVIÁRIO - PROCEDIMENTO IRREGULAR

Parecer n° 416-GAJ

SERVIDOR FERROVIÁRIO - Desídia habitual. Procedimento Irregular. Indícios suficientes de alienação mental como causa excludente de ilicitude do comportamento funcional. Absolvição do indiciado.

Adão Maria dos Santos, servidor público estadual, ferroviário, cedido pelo Estado do Rio Grande do Sul à Rede Ferroviário Federal S.A., foi submetido a inquérito administrativo, em virtude de denúncia do Engenheiro Chefe do Departamento de Transporte, consubstanciada em Ofício n. DI 61/52, de 12 de abril de 1966, de que estaria incurso nas faltas capituladas nos incisos II e IV, do art. 226, da Lei Estadual n° 2061, de 13 de abril de 1953.

Determinada a abertura de inquérito e designada a Comissão por Portaria de 25-5-1966 (fls. 2), juntou-se ao expediente cópia de ponto, do qual se verifica que de março a dezembro de 1965 o servidor faltou 78 vezes ao serviço, observando-se, todavia, que destas 78 faltas, 46 são justificadas por licença-doença.

Surgem, dessarte, no expediente dúvidas sobre o cabimento do procedimento disciplinar, em atenção ao fato sinalado, dúvidas, todavia, dirimidas na Informação n. 10, de fls. 4, em que se afirma que o excesso de faltas não justificadas configura a infração de dever, prevista no inciso IV do art. 226, da Lei 2061, suficiente por si para determinar a medida em apreço.

Diante disso, instala-se o Inquérito Administrativo, a 31 de maio de 1966, designando-se a audiência inicial de inquirição do indiciado e testemunhas para o dia 26 de agosto do mesmo ano, às 14h, em Santa Maria, local da infração e sede do servidor. Foi solicitada a prorrogação do prazo (concedida por 180 dias a contar do término dos 90 dias - fls. 33) e ordenada a citação do interessado e intimação das testemunhas, levada a efeito às 10 horas do dia 24 de agosto de 1966.

À audiência inicial compareceu o acusado acompanhado de procurador (f.17 e 18), e de seu depoimento pode-se ressaltar que conta 26 anos de serviço, que não é dado ao vício da bebida, embora antes o fosse, que andou doente da cabeça (sic), que é nervoso e sofre de fraqueza mental, que esteve internado, por ordem do médico dos ferroviários, dr. Schmidt, no Hospital Espírita de Teresópolis (Porto Alegre) durante o mês de setembro de 1965; ainda mais, que tudo se agravou porque o seu chefe de nome Jardelino o "vinha perseguindo em serviço e que muitas vezes vinha cumprir a escala que era rotina e ele não deixava, mandava-o embora e cortava-lhe os dias" (sic).

Ainda na audiência inicial dizem as testemunhas arroladas na denúncia, resumidamente, que o indiciado é bom colega, ótima pessoa, que é trabalhador relativamente certo no cumprimento dos deveres, que nunca o viram embriagado, que sabem do seu internamento no Hospital Espírita de Teresópolis, para tratamento psiquiátrico, que o indiciado se queixa com frequência de fraqueza mental, de perseguição por parte de seu capataz; juntam, mais, que ele às vezes parece meio tonto, que aparentava em serviço não ser normal, e que notam alguma diferença, de uns tempos para cá, no sr. Adão Maria dos Santos. Observa-se, também, que duas das testemunhas conhecem o acusado há, mais ou menos, 15 anos.

Aberto prazo para apresentação da defesa prévia e rol de testemunhas, deste desistiu o Procurador, requerendo, liminarmente, inspeção médica do indiciado para dirimir dúvida sobre o seu verdadeiro estado de saúde. Alegou que o réu sofria e sofre de fraqueza mental (sic fls. 29) afirmação corroborada pelas testemunhas da Autora, segundo seu entendimento, que as faltas se originaram de doença, afirmando a inocência do acusado por ocorrer, na hipótese, causa excludente de ilicitude. Requereu, ainda, a juntada da Declaração do Chefe da Policlínica do I.A.P.F.E.S.P. (f. 30) de que o interessado foi internado no Hospital Psiquiátrico em Porto Alegre, por conta da Autarquia previdenciária em apreço, para tratamento especializado, de 8/9 a 28/9 de 1965, e de Declaração subscrita por Adão Dornelles Fernandes de que acompanhou o interessado de Santa Maria a Porto Alegre, dia 7 de setembro de 1965, conduzindo-o ao Hospital Espírita (f. 31).

Consta, outrossim, dos autos, ofício do Presidente da Comissão, endereçado ao Chefe do Departamento de Pessoal da Viação Férrea do Rio Grande do Sul, solicitando-lhe providências junto ao Departamento de Assistência ao Ferroviário, em ordem a ser submetido a inspeção médica, no setor médico daquele departamento, o servidor Adão Maria dos Santos. No próprio verso do ofício sinalado (fls.35) lança a junta médica lacônico Parecer, que diz, *verbis*:

"Aos presentes exames, atualmente, não há alienação mental".

Diante disso, abriu a Comissão prazo de 72 horas para as alegações finais do indiciado, encerrando, assim, a instrução do inquérito.

Em alegações finais, pede o defensor seja considerada improcedente a denúncia, em razão da perturbação mental do interessado, vítima do alcoolismo crônico, responsável pelo

seu estado físico e aparências lamentáveis. Crítica a imprecisão e laconismo do laudo, que não adverte da possibilidade de alienação passada, nem se refere ao alcoolismo crônico. Chama a atenção para o desalinho físico e mental do servidor que durante 26 anos prestou seus serviços à Rede, e só no último começou a faltar. Reclama pela eliminação das causas que determinaram o procedimento faltoso ao invés da simples exclusão do servidor dos quadros da VIFER. Finalmente, sugere possibilidade de recuperação do indiciado mediante tratamento adequado, para que lhe seja possível chegar à aposentadoria, garantindo-se, assim uma velhice relativamente tranqüila, a que fez jus por uma existência de trabalho. Diz, ainda, que a demissão do servidor seria o seu aniquilamento irrecuperável, a marginalização total, a ruína definitiva.

Em seu Relatório a Comissão historia os fatos, analisa a prova testemunhal e documental, concluindo, surpreendentemente, sem relação de causa e efeito entre a análise do processo e a sua conclusão, pela demissão do indiciado, procedente, destarte, a denúncia de fls., com enquadramentos nos incisos II e IV do art. 226, da Lei n. 2061/1953, respectivamente, procedimento irregular e desídia habitual ou ineficiência no desempenho de suas atribuições funcionais.

Concluído o inquérito a 13 de janeiro de 1967, foram os autos, em cumprimento do disposto na cláusula nona e seus parágrafos, do Termo de Reversão, encaminhados a 9/2/1967 à Secretaria dos Transportes, para decisão do Chefe do Poder Executivo. A 10 do mesmo mês, subiu à decisão Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, que, através do Diretor Administrativo de seu Gabinete determina a oitava do Egrégio Conselho do Serviço Público. Neste, em pronunciamento do ilustrado Conselheiro ALMIRO DO COUTO E SILVA, é sugerida, diante do laconismo das afirmações contidas no laudo, inábeis a firmar convicção sobre

a matéria, a submissão do indiciado a exames na Diretoria de Biometria Médica, em ordem a esclarecer se é portador de alguma doença, e, na hipótese afirmativa, se essa doença justificaria suas ausências ao serviço, no ano de 1965.

A diligência predita não se realiza, informando a D.B.M. que, convidado a comparecer, através do Boletim n. 136/68, para tratar assunto de seu interesse o servidor deixou de atender dita convocação.

Consta, ainda, de expediente, ofício do VIFER, datado de 10 de novembro de 1967, solicitando informações sobre a decisão do Governo do Estado sobre o processo, visto se encontrar, "de há muito, esgotado o prazo de 45 dias a que se refere o parágrafo 2º. da Cláusula nona, do predito Termo". Por fim, novo ofício, este de 17 de novembro do mesmo ano, também da Superintendência da Viação Férrea do Rio Grande do Sul, considerando que em razão do excedimento do prazo supra aludido, "deverá o servidor Adão Maria dos Santos ser devolvido ao Estado, em 1º. de janeiro de 1968, conforme assegura à Rede" o parágrafo 3º. da disposição mencionada, "caso até aquela data não se tenha efetivado sua demissão".

Finalmente, a 27 de outubro de 1969, vem o expediente a esta Consultoria Geral, para pronunciamento.

É o relatório.

Em expediente da natureza deste, ora em exame exsurtem, *prima facie*, duas conotações essenciais: uma que diz respeito à forma, tratando da verificação, ou não de nulidades no decorrer do inquérito; outra, que compreende a análise do mérito, das conclusões que constituem o parecer da comissão sobre os fatos investigados.

Em atenção ao primeiro aspecto é suficiente observar que o inquérito decorreu sem máculas, sem vícios ou

nulidades, com estrita observância do regramento que disciplina a matéria.

Sob o segundo aspecto, todavia, permitimo-nos discordar das conclusões da Comissão, por entender que, *in casu*, há nos autos suficiência de elementos hábeis a elidir a ilicitude do comportamento do indiciado.

Senão, vejamos.

O histórico da vida funcional do indiciado, que se desenvolvia há quase trinta anos, demonstra que o mesmo sofreu, a 20 de abril de 1951, conforme G-21, ferimento contuso na região frontal D. Tal fato, aliás, é sinalado em um dos depoimentos testemunhais. Em 1955, gozou o interessado 30 dias de licença, com fundamento no art. 164, da Lei n. 2061/1953. Dita disposição trata das licenças para tratamento de saúde motivadas por lepra, neoplasia maligna, tuberculose, alienação mental, etc...; à falta de melhor indicação não é absurdo supor-se que na hipótese considerada se trate de alienação mental. Posteriormente, já no ano em que são imputadas ao servidor as 78 ausências ao serviço, das quais, é bom que se diga, 46 justificadas *ut* art. 159 da Lei n. 2061/1953, é o mesmo submetido a tratamento especializado, mediante internamento, no Hospital Espírita de Teresópolis. Note-se que a tanto foi licenciado pelo Serviço Médico da Rede, correndo o internamento por conta da autarquia previdenciária a que estava vinculado o servidor (IAPFESP).

Ora, se o serviço médico da Rede entendeu de licenciá-lo com vistas ao tratamento psiquiátrico, por 30 dias, a partir de 8 de setembro de 1965, seria tecnicamente correto estabelecer-se, também, tal data, como início da manifestação do processo de alienação mental? *Data venia*, tal interpretação, mesmo para um leigo, pareceria absurda. Se em 8 de setembro de 1965 as condições do paciente eram tais que impunham seu recolhimento a uma Instituição psiquiátrica, porque, às vésperas, ou mesmo num período

mais amplo, v.g., ou seis meses antes, se encontrava o indiciado em gozo de perfeita saúde, apto ao cumprimento de suas obrigações funcionais? Tanto mais que os antecedentes do ferroviário em alusão demonstram que o licenciamento por alienação mental não é novidade em seu histórico funcional.

É bem verdade que atendendo requerimento da defesa, o setor médico da Rede afirma a 6 de outubro de 1966, que "aos presentes exames, atualmente, não há alienação mental" (sic fls. 35). Não é menos verdade, contudo, que a "economia de palavras" não permite, na hipótese, entrever se há possibilidade de que em data pretêrita tivesse o servidor padecido de mal psíquico, enfim de qualquer psicopatologia que lhe diminuísse a capacidade de entender e de querer de que nos fala o legislador penal. De outra parte, nada impede, em tese, que à época da realização da perícia médica não estivesse o indiciado atravessando um *lucida intervalla*, de que se ocupa a psiquiatria forense e de tanto interesse para os comentaristas do art. 5º. do Código Civil. De toda sorte, conclusivo no que pertine ao momento de verificação da inspeção, mas absolutamente contingente, vago e insondável em relação aos fatos que o inquérito visava apurar, não pode, o laudo em apreço, ser valorado como peça apta a formar qualquer espécie de convicção, sobre a matéria dos autos.

Entendo, dessarte, em atenção à prova indiciária, favorável *permissa venia*, ao servidor Adão Maria dos Santos, com fundamento, ainda, no seu próprio histórico funcional, nos depoimentos das testemunhas da Rede, e, em consideração aos seus quase trinta anos de serviço, pela absolvição do indiciado. Se, agora, tiver condições para continuar em exercício, que permaneça em suas funções. Caso contrário, ouvido o órgão competente, seja licenciado ou inativado.

É o parecer.

Porto Alegre, 11 de dezembro de 1969.

GRATIFICAÇÃO ESPECIAL - NATUREZA JURÍDICA E EFICÁCIA DE ATO ADMINISTRATIVO - DIREITO ADQUIRIDO

Parecer nº 447-GAJ

Gratificação Especial de 15% de Permanência. A questão da eficácia imediata da Lei n. 5846, de 31 de outubro de 1969. Revogação das Leis nºs 4047/1960 e 4585/1963.

Natureza do ato que julga da oportunidade e conveniência da permanência do servidor no serviço ativo.

Combinação da autorização legal e pronunciamento formal da Administração constitui fato idôneo à aquisição de direito.

Direito adquirido dos servidores no gozo da vantagem à percepção e incorporação da gratificação especial de 15% de permanência.

Diversos servidores do Departamento da Loteria do Estado, em gozo da gratificação especial de 15% , viram sustado, a partir de novembro de 1969, o pagamento da aludida vantagem, sob o fundamento do que teriam sido revogados expressamente os provimentos legislativos de que advinha o benefício em alusão. Diante disso, um dos interessados, Esperidião Lopes Azambuja, postula nos autos, reclamando o pagamento suspenso, sob o fundamento de que "tem direito à percepção da vantagem, já que a lei não tem efeito retroativo e só poderia atingir aos que, da data da promulgação da lei estiveram pleiteando seus benefícios." (sic. F. 2)

Desde logo, na espécie em apreço, se identifica o

problema de Direito Intertemporal, em outras palavras, a questão de saber se a Lei nº 5846, de 31 de outubro de 1969, não encontra obstáculos à sua plena e imediata incidência, ou, se, ao contrário, vco encontrar situações às quais é defesa a sua aplicação, tais sejam, direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos ou coisa julgada.

É preciso, pois, indagar se ao se combinar a autorização legal com o pronunciamento executivo, ali, previsto, a incidência da regra jurídica sobre o suporte fáctico criou fato jurídico idôneo à produção das espécies catalogadas nos parágrafos 1º e 2º, do art. 6º da Lei de Introdução.

É sabido que a longa tradição constitucional brasileira obrigou o legislador à adoção do sistema clássico subjetivista em matéria de Direito Intertemporal. Com efeito, ao constitucionalizar a questão, determinou-se, com exceção da Carta outorgada de 1937, que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Impôs-se, dessa sorte, ao legislador, como preceito obrigatório, e não como princípio vinculativo apenas do magistrado, o respeito à trilogia em alusão. Não se trata pois, de afirmar, que no país se veda retroeficácia, ou que o nosso sistema seja o da irretroatividade da lei, mas isto sim, que o regime brasileiro é da eficácia imediata da lei, admitindo-se, inclusive, a retrooperância, quando justa, e esta o é quando não fere, lesa ou viola direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Como ponto de partida, deve-se, também, fixar que as regras em foco, primeiro, pela colocação constitucional, segundo, pela sua natureza, como regras de sobre direito que são, não determinam apenas a aplicação do direito privado, mas condicionam, por igual, o direito público.

Nesse sentido, a opinião de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *in* Introdução ao Direito Civil, pág. 107, *verbis*:

“De início, cumpre assinalar que a idéia do direito adquirido, tal como consignada na Lei de Introdução, tem aplicação tanto no direito público quanto no direito privado. Onde quer que exista um direito subjetivo, de ordem pública ou de ordem privada, oriundo de um fato idôneo a produzi-lo segundo os preceitos da lei vigente ao tempo em que ocorreu, e incorporado ao patrimônio individual, a lei nova não o pode ofender”.

Certo é, como observa THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, que o que caracteriza o Direito Administrativo, em seu conteúdo, é natureza específica da interpretação e aplicação da norma quando predomina o interesse público. Também o é, de que, por isso mesmo, existem processos peculiares de interpretação que dão ao Direito Administrativo certa autonomia, principalmente em relação ao direito privado. Todavia, a matéria em tela, não comporta dita restrição, porque não se trata de visualização privatística do Direito Administrativo, mas de submissão deste a princípios que lhe são, também, endereçados.

Isto posto, vamos ao exame da questão.

A Lei estadual nº 4585, de 1963, conhecida por lei Suely, criou a todos aqueles que preenchessem determinadas condições o direito de, tendo em vista a inativação voluntária aos 35 anos, acrescer de 1/6 o seu tempo de serviço. Dispôs, ainda, que aqueles que em decorrência disso pudessem se aposentar, fariam *jus* a uma gratificação especial de 15% de permanência, se a Administração entendesse, por juízo seu, conveniente e oportuna dita permanência. Finalmente, a mesma Lei previa a incorporação da vantagem, em caráter definitivo, aos proventos, se percebida durante cinco anos. Já para a Lei nº 4047/1960, que previa a mesma vantagem por outros fundamentos, a incorporação dependia, apenas, do decurso de um lapso temporal de cinco anos, a contar da data em que o servidor fizera *jus* à aposentadoria.

Dois direitos distintos emergiam, pois, dos provimentos legais em apreço: o primeiro, dizendo respeito à percepção da vantagem; o segundo, pertinente à incorporação daquela.

Cabe, dessa sorte, considerar que ambos os provimentos legais exigiam para que se perfeccionasse a intitulação ao benefício pertinente à percepção da gratificação especial, o pronunciamento da pessoa administrativa, emissor de seu juízo de conveniência e oportunidade sobre a permanência, ou não, do servidor no serviço ativo. De outra parte, torna-se claro, que as leis em alusão não conferiram direta e imediatamente vantagem ou direito, mas ao contrário, interpuseram como pressuposto essencial ao nascimento daquele, negócio jurídico intermediário. Tal, pois, a característica do ato administrativo, que, à discrição do Estado, valora como oportuna e conveniente a continuidade do servidor no trabalho público.

A proposição da questão, nesses termos, todavia, não representa inovação no Direito Administrativo. Com efeito, ao explicar o exercício da atividade de administração pública pelo funcionário e concessionário de serviço público, atividade que, em princípio, é peculiar e co-natural apenas às pessoas administrativas, observa o Prof. RUY CIRNE LIMA, que tal exercício se dá em dependência de um negócio jurídico intermediário, no qual identifica a nomeação e a concessão. (*in* Princípios de Direito Administrativo, 4ª edição, 1964, pág. 65).

Quer-se com isso significar que não é apenas do texto legal, que autoriza determinado procedimento, que deflui o direito, mas da combinação do ato autorizatório, de natureza legal, com o ato discricionário da Administração, que aquele exsurge. É, dessarte, da conjugação de ambos que nasce o direito à percepção da vantagem.

Adquire, assim, o servidor direito à gratificação especial, não ao completar tempo para a inativação voluntária, nem,

tão pouco, a requerimento seu, mas, ao contrário, o fato aquisitivo do direito em foco é a própria e expressa manifestação formal da vontade do Estado, com fundamento na lei.

Excelente, a respeito, a lição de CARLOS MAXIMILIANO, in *Direito Intertemporal*, 2º ed., 1955, pág. 44, quando observa:

“O direito adquirido compõe-se, em síntese, de dois elementos: o direito objetivamente considerado e o fato aquisitivo, que transforma aquele, de objetivo em subjetivo ou individual. Exige-se um fato adequado a fazer surgir ou ser havido o direito.

Conclui-se com os brocados: *ex facto oritur jus* (“o direito origina-se do fato”); *da mihi factum et dabo regulam* (“dá-me um fato e eu te darei a regra de direito”).”

E mais adiante:

“Precisam os fatos, sem uma exceção, revestir-se de todos os requisitos preestabelecidos em lei para dar margem ao direito; faltando um só, ou apenas em parte, o fato aquisitivo não produz o seu efeito.”

Ora, *in hac specie*, força é considerar que o fato aquisitivo se deu por inteiro; em outras palavras, perfeita a incidência do direito objetivo, na hipótese do art. 2º, da Lei 4585/1963, subjetivando-se, portanto, diante da verificação completa de seu suporte fático. Temos assim, que, em se tratando da Lei nº 4585/1963, é preciso que o direito à inativação decorra da contagem de tempo de acordo com a regra, ali, exarada, e que o Estado, em pronunciamento formal, manifeste sua vontade em ordem à permanência do funcionário. Cumprida essa etapa, de imediato se verifica a aquisição do direito.

Releva, nesse passo, notar, que adquirido o direito,

qualquer manifestação ulterior, quer diga essa respeito com a retirada do direito objetivo (revogação da norma sob cogitação), quer consista na retirada da manifestação de vontade (e esta é discutível), resta aquele incólume. Protegido pelo mandamento constitucional (art. 153, parágrafo 3º, da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969), é-lhe de todo indiferente que lei nova subtraia do complexo legislativo em vigor a regra sob cuja égide se formou.

Não é, sob esse aspecto, dispicienda a magistral lição de PONTES DE MIRANDA, quando nos *Comentários à Constituição de 1967*, tomo V, ed. Revista dos Tribunais, comenta, *verbis*:

“No direito intertemporal para que a lei não possa atingir o direito é indiferente o fato de ter ele nascido de manifestação de vontade ou de lei. Todos os direitos formativos, quer extintivos, quer modificativos, são direitos adquiridos desde o momento em que se lhes compõe o suporte fático.”

Deu-se destarte, *in hoc casu*, transmutação de um direito objetivo e abstrato em subjetivo e concreto. Permaneceu a Administração imóvel, e podia fazê-lo, não se utilizasse do poder a si atribuído e não teria nascido para o servidor o direito, a possibilidade de reivindicação ou defesa, consoante, anota MAXIMILIANO, lembrando GABBA.

É, ainda, CARLOS MAXIMILIANO, quem, embora afirmando a eficácia imediata das leis políticas, inclusive as constitucionais e administrativas, lembra com agudeza, amparado em Resoluções do Conselho de Estado, de França, de 7 de agosto de 1903 e 2 de fevereiro de 1912, mencionadas por ROUBIER, que “nem sequer as leis administrativas atingem direitos adquiridos”. (op. cit., pág. 60).

Força é, pois, reconhecer com pertinência ao direito à

percepção da gratificação especial de 15%, quer sob o amparo da lei nº 4047/60, quer ao abrigo da Lei nº 4585/63, que tal direito se mantém incólume, em embargo da revogação dos provimentos legais preditos, por isso que, resultando de fato aquisitivo completo, verificado sob o império das leis em apreço, em verdade constitui direito adquirido e como direito adquirido há de ser respeitado.

Restaria, finalmente, à análise, a questão pertinente à incorporação da vantagem, em caráter definitivo, aos proventos da inatividade, que, conforme se frisou no início desse pronunciamento, constitui direito distinto da percepção da gratificação especial.

De fato, ao mesmo passo em que disciplinava a **benesse** em alusão, dispunham as Leis nº 4047/60 e nº 4585/63, sobre sua incorporação definitiva aos proventos, subordinando esta, todavia, ou pura e simplesmente ao decurso de um quinquênio a contar do momento em que o interessado tivesse completado tempo para inativar-se, ou à percepção da gratificação durante cinco anos.

Cabe, então, perquirir se remanesce na espécie *sub examine* tal direito, ou se desapareceu com a revogação das leis que o estatuíam.

Embora o direito à incorporação se distinga do direito à percepção é imperioso se observe, que há como que um nexo de causalidade, relação de causa e efeito entre ambos, a evidenciar que o primeiro deriva do segundo nos termos em que os propôs a Lei nº 4585/63. De outra parte, com respeito à Lei nº 4047/60, se assinala, também, ali, a exigência de que o servidor faça *jus* à percepção da gratificação, para que a incorpore, embora não se exija a percepção em um lapso temporal determinado.

Em outras palavras, parece certo que o direito à

incorporação é conseqüência de direito à percepção. Ora, se assim o é, ainda que a espécie não pudesse se enquadrar como direito a termo ou direito condicionado (e estaria então ao abrigo da vedação de retroeficácia), é inegável que o seu enfocamento acompanha, necessariamente, a posição adotada em relação ao direito à percepção, porque “quando a aquisição do direito tem a sua raiz em anterior direito adquirido, de que seja simples desenvolvimento ou transformação”, o fato, ainda que não definitivamente constituído produz direito adquirido.

Impende, por outro lado, notar, que a incorporação, defluindo do direito à percepção, constitui deste prolongamento, faculdade abstrata que lhe é inseparável. Nem de outro modo entende a doutrina, apontada por CARLOS MAXIMILIANO, *op. cit.*, pág. 46, § 31:

“Cumpre, outrossim, distinguir entre expectativas e faculdades, que, originando-se, de lei ou fato do homem, se ligam a precedente direito adquirido; grangeando o direito, adquiridas ficam as faculdades oriundas do mesmo. Assim, a lei nova não pode sujeitar a novas condições, nem suprimir faculdade abstrata inerente a certo direito adquirido.” (GIANTURGO, vol. 1, pág. 134-135).

No mesmo sentido, e, talvez, mais perfeitamente ajustada ao caso em foco, a observação de C. M. DA SILVA PEREIRA, *verbis*:

“Se uma lei nova estabelece diferentes direitos e obrigações para os servidores do Estado, alcança a generalidade dos funcionários. **Mas se vem suprimir prerrogativas e vantagens já incorporadas ao patrimônio individual, o lesado pela reforma pode opor à nova disposição o direito integrado no seu patrimônio.**” (*op. Cit.*, pág. 108)

Creemos, dessa sorte, reconhecidas nas espécies em alusão a figura de verdadeiro direito adquirido, impõe-se o seu respeito pela Administração, que assegurará, a todos quantos foram surpreendidos pela Lei estadual nº 5846, de 31 de outubro de 1969, no gozo da vantagem de que cuidam as Leis nº 4047/60 e nº 4585/63, a percepção da gratificação especial de 15% reconhecendo, também, sua incorporação aos proventos da inatividade, nos termos e limites traçados nos diplomas legais precipitados. É escusado dizer que as conclusões, aqui alinhadas, só se endereçam àqueles cuja permanência, ao advento da lei revogadora, já havia, por ato formal da Administração, sido declarada conveniente e oportuna.

É o meu parecer.

Porto Alegre, 24 de março de 1970.

**PARECERES
DA DIVISÃO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA**

TEMPO DE SUSPENSÃO PREVENTIVA - PRESCRIÇÃO

Parecer nº Daj -424

Direito ao cômputo do tempo de suspensão preventiva, como de efetivo serviço, quando do inquérito administrativo não resulta condenação ou esta se limita às penas de advertência, multa ou repreensão.

Helena Durajski, professora primária, padrão 2-8, tendo requerido em 14/1/65, revisão do Inquérito Administrativo a que foi submetida em fins de 1949, objetivando computar o tempo em que esteve afastada de suas funções, como de efetivo serviço, viu indeferida sua pretensão, sob o fundamento de ter prescrito o seu direito de reclamar. (sic-inf. fls.16).

Volta, agora, em petição dirigida ao Secretário de Estado dos Negócios da Educação, solicitando a audiência da Consultoria Geral do Estado, sobre a matéria, e, a tanto, requer a juntada ao expediente dos processos relativos ao inquérito e ao pedido de revisão.

Anexado o processo 4037/65, neste é informado o extravio do inquérito administrativo, motivo pelo qual o pedido de revisão não fora examinado, em seu mérito, e resolvido, apenas, pela preliminar invocativa da prescrição.

Instruem o proc. 4037/65, a petição da interessada, certidão de tempo de serviço onde se verifica nada constar sobre o período de 15 de junho de 1949 a 2 de agosto de

mesmo ano (fls.9), e o of. de número 26, em que a orientadora, interina, da 5ª Delegacia Regional de Ensino, sediada em Uruguaiana, comunica, em 21 de julho de 1949, à professora postulante, que o processo a que a mesma responde foi encaminhado à decisão do Senhor Secretário da Educação, nos termos do art. 249, do Decreto-lei nº 311, de 31/12/1942, devendo a interessada reassumir suas funções a 3 de agosto de 1949, caso até esta data não tenha sido proferida a decisão final, ut parágrafo 1º. do art. 249, do provimento executivo em apreço.

Há, ainda nos autos, pronunciamento da Assessoria Jurídica da S.E.C., sugerindo, ante o extravio do inquérito administrativo, a reconstituição deste, através de publicações oficiais, declarações dos membros da comissão de inquérito etc. (fls.11).

Após diversas informações, conclui-se pela impossibilidade de reconstituir o inquérito, e , a fls. 16, entendendo um funcionário da SENA , que o pedido da funcionária foi atingido pela quinquênária, opina pelo arquivamento do peditório, o que, a final , é feito.

Com esses elementos vem o processo à consultoria Geral.

Ao que tudo indica, e segundo deflui do exame dos autos, o pronunciamento do titular da Pasta da educação (ut art. 249 *caput*, do decreto-lei nº 311/1942), não chegou a dar-se, muito embora o expediente lhe tenha sido encaminhado, consoante os termos do of. nº 26, da 5º DRE, de fls. 6. Ademais, qualquer que fosse a decisão proferida pela autoridade competente, disso se teria, forçosamente, conhecimento através do órgão oficial do estado, eis que, a respeito, preceituava o estatuto revogado, em seu art. 251, *verbis*:

art. 251 " As decisões serão sempre publicadas no órgão oficial, dentro do prazo de oito dias."

Extraviado o expediente alusivo ao inquérito, considerada impossível a sua reconstituição através de documentos e publicações oficiais, torna-se , por igual, impraticável, o conhecimento dos fatos que determinaram a instauração do inquérito administrativo. Sem objeto, pois, e, evidentemente, protelatórias, quaisquer diligências que agora se solicitasse, tendentes à elucidação da espécie.

Pelo exposto, mister se faz o exame do caso em apreço, com os elementos constantes do processo, e à luz das disposições estatutárias, então, vigentes.

O Decreto-lei nº 311/1942, que antes do advento da Lei nº 1751/1952, regulava (ut art. 1º) a forma de provimento e vacância dos cargos públicos, os direitos e vantagens, e os deveres e responsabilidades dos funcionários civis do Estado, preceituava , em seu art. 257:

art. 257 - "Poderá ser ordenada, pelo Chefe da repartição, a suspensão preventiva do funcionário, até trinta dias, desde que o seu afastamento seja necessário para a averiguação de faltas cometidas, cabendo aos Secretários de Estado e aos Diretores Gerais de Departamento prorrogá-la até noventa dias, findos os quais cessarão os efeitos da suspensão, ainda que o processo administrativo não esteja concluído."

A seu turno, dispunha o art. 258:

art. 258 - " Durante o período da prisão ou da suspensão preventiva o funcionário perderá um terço do vencimento ou remuneração.

E, o art. 259, *verbis*:

art. 259 - " O funcionário terá direito:

I - À diferença de vencimento ou remuneração e à contagem do tempo de serviço relativo ao período da

prisão ou da suspensão, quando do processo não resultar punição, ou esta se limitar às penas de advertência, multa ou repreensão, e

II - À diferença de vencimento ou remuneração e à contagem do tempo de serviço correspondente ao período de afastamento excedente do prazo da suspensão efetivamente aplicada."

A Suspensão, pois, de que tratavam os dispositivos transcritos tinha caráter preventivo e não punitivo, eis que se destinava, precisamente a facilitar a verificação da incidência, ou não, do servidor, em falta funcional.

Se, concluído o processo administrativo, a autoridade competente, de posse do relatório da comissão, entendesse de aplicar ao funcionário faltoso pena de advertência, multa ou repreensão, teria o servidor, na hipótese de ter sido suspenso, preventivamente, nos termos do inciso I, do art. 259, do Decreto-lei 311/42, direito à diferença de vencimentos (o terço do que fora privado durante o período em que esteve suspenso) e à contagem do tempo que durou a suspensão, como de efetivo serviço. Dá-se, por assim dizer, através de ficção jurídica, um apagamento da suspensão, tal como se o funcionário não tivesse sido afastado do serviço. Caso contrário, a penalidade menos grave aplicada em atenção à natureza da falta seria injustamente e ilegalmente exacerbada, pelas conseqüências e efeitos da suspensão preventiva, e, esta, assumiria, efetivamente, um caráter de punição.

À evidência, e com maioria de razão, o mesmo direito ao ressarcimento da diferença e ao cômputo do período de suspensão, como de efetivo serviço, caberia ao funcionário submetido a processo de que não resultou punição. (inciso I do art. 259).

Na espécie em foco, não se tem notícia de que a interessada tenha, em sua vida funcional, sofrido qualquer

punição disciplinar. Restaria o período em claro, em sua certidão de tempo de serviço, e que corresponde, precisamente, ao seu afastamento, em virtude do inquérito administrativo.

Nesse sentido, o ofício nº 26 da 5º DRE (fls. 6) é subsídio valioso para a análise do caso *sub examine*, eis que, documento oficial, corrobora as afirmações da peticionária no que pertine à natureza das faltas verificadas no período de 14 de junho a 2 de agosto de 1949.

Dessarte, se não há possibilidade de reconstituir o processo, e, se, de outro lado, não se tem conhecimento oficial de decisão condenatória, no sentido de ser aplicada à requerente pena de suspensão, ou destituição de função, ou, ainda, disponibilidade, comissão, ou demissão a bem do serviço, que, a **contrario sensu** do disposto no inciso I, do art. 259, **in fine**, do Decreto-lei nº 311/1942, obstam, por razões óbvias, à contagem do período de suspensão preventiva de efetivo serviço, importa em reconhecer à interessada o direito outorgado, na vigência do Decreto-lei nº 311/1942, pelo art. 259, inciso citado.

Com efeito, não tendo a funcionária, em decorrência do inquérito administrativo a que foi submetida, sofrido qualquer punição disciplinar, e tendo demonstrado que o seu afastamento do serviço decorreu da suspensão preventiva, e considerar-se, agora, o período de 14 de junho de 1949 a 2 de agosto do mesmo ano como faltas, implicaria em atribuir-se à suspensão preventiva, não seguida de condenação, caráter punitivo, e, em proferir-se, quase 20 anos passados, juízo condenatório, sem conhecimento dos fatos que deram origem ao Inquérito Administrativo, numa total subversão dos princípios que informam o processo disciplinar na órbita administrativa.

Cumpra, pois, se deslinde a *quaestio juris*, em foco, em favor da postulante.

Cabem, aqui, ainda, algumas considerações em torno da informação de fls. 16, que importou no arquivamento do pedido da interessada, constante no Proc. 4037/65, sob a alegação de ter prescrito o direito de pedir revisão, que, porventura, coubesse à postulante.

Preliminarmente, convém lembrar que a prescrição não inicia seu curso se não a partir do momento em que é proferido o juízo decisório, ou praticado o ato passível de impugnação. Na espécie, devendo a decisão que julga o processo administrativo ser publicada no jornal oficial do Estado (ut art. 251, do Decreto-lei nº 311/1942 e 254 da Lei nº 1751/1952), a data da publicação é o *dies a quo*, o termo inicial do prazo prescricional. Ocorre, todavia, que, no caso *sub judice*, não existe a publicação precitada, e mais, não houve ato decisório, ou se houve, dele não tomou conhecimento nem a interessada, nem a própria Administração. Não há, pois, falar em prescrição.

Por outro lado, CONTREIRAS DE CARVALHO, examinando, in "Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado", matéria pertinente à prescribibilidade, ou não, do direito de interpor, na esfera administrativa, pedido de revisão, ensina, *in verbis*:

"Em que pese a autoridade dos que pretendem limitar no tempo, isto é, no período da prescrição quinquenal, a iniciativa da revisão, insistimos em recusar a limitação imposta à aplicação do preceito.

Pôs a lei a revisão à margem da influência do tempo, tão "considerável e variadíssima sobre os direitos", donde pode ser requerida a qualquer tempo, pois, contra a qual, a nosso ver, não corre prescrição." (op. cit. Ed. 1957, vol. II, páginas 256/258).

Dessa sorte, muito embora pudesse se encontrar no

tempo, o termo inicial do prazo prescricional, o que, na hipótese dos autos, inoocorre, tal seria irrelevante, pelo menos para quantos esposam a teoria da imprescribibilidade da revisão.

De outra parte, é certo que no caso dos autos cabe pedido de revisão, eis que este, a teor do disposto no art. 200, da Lei 1751/1952, tem por pressuposto o ato ilegal, ou a decisão fundada em depoimento ou documento falso, ou o surgimento de elementos novos de prova que autorizam a renovação da instância administrativa.

Na espécie, o ato da autoridade administrativa, que negou à requerente a contagem do tempo de serviço relativo ao período da suspensão preventiva, não encontra amparo em dispositivo nenhum dentro do ordenamento jurídico-administrativo do Estado, razão por que deve ser deferido à peticionária o que pleiteia.

É o meu parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 25 de abril de 1967.

CIRURGIÃO-DENTISTA: EXERCÍCIO DA PROFISSÃO SEM HABILITAÇÃO LEGAL

Parecer n.º DAJ-438

Exercício da profissão de Cirurgião dentista, por quem, a tanto, não detém a habilitação legal.

Legalidade da medida que efetivou a apreensão do material utilizado no exercício ilegal da profissão.

Autoridade sanitária competente para determinar o cumprimento do disposto no art. 14, da Lei n.º 1314, de 17 de janeiro de 1951.

Ao parecer da Consultoria do Estado é encaminhado pela Secretaria do Estado dos Negócios da Saúde, expediente em que se examina providência ordenada pelo Serviço de Fiscalização do Exercício Profissional, vinculado àquela Pasta, e que implicou na apreensão dos instrumentos de trabalho de Aldo Nabor Gradin, que, de longa data exercia a profissão de Cirurgião Dentista, na localidade de Sertão, Município de Passo Fundo.

Em informação endereçada ao Senhor Secretário da Saúde, o Chefe da Fiscalização do Exercício Profissional esclarece que a providência teve origem em ordem do serviço que chefia, eis que as atividades profissionais do interessado conflitavam com o disposto no art. 14, da Lei n.º 1.314, de 17 de janeiro de 1951, configurando, ainda, ditas atividades, o crime de "exercício ilegal da profissão", capitulado no art. 282, do Código Penal.

Com efeito, não sendo o interessado detentor de Diploma

de Cirurgião-Dentista, e, não tendo, por igual, segundo informação colhida na Secretaria da Saúde, se intitulado ao benefício criado pelas disposições constantes dos Decretos n.ºs 20.862, de 28 de dezembro de 1931, 21.073, de 22 de fevereiro de 1932, e 22.501, de 27 de fevereiro de 1933, que autorizaram o exercício profissional a dentistas práticos, mediante a satisfação de certos requisitos e o cumprimento de determinadas condições, aí, previstas, a atividade profissional que desenvolvia há mais de 15 anos, na localidade sinalada, lhe era, legalmente, defesa.

A Lei n.º 1.314, de 17/1/1951, ao regulamentar o exercício profissional de que se cogita nos autos, restringiu dito exercício às pessoas que menciona, preceituando, em seu art. 1.º, *verbis*:

Art. 1.º — "O exercício da profissão de odontologista, no território nacional, só **será permitido**, aos que se acharem habilitados por título obtido em escola de odontologia, oficial ou legalmente reconhecida, devidamente registrado na Diretoria do Ensino Superior e anotado, sucessivamente, no Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e na repartição estadual competente." (o grifo é nosso)

Na espécie *sub examine*, carece o interessado da habilitação a que se refere a regra transcrita, não encontrando, igualmente, amparo, na norma excepcionadora da expressão restritiva - só será permitido..., (art. 1.º da Lei predita), consubstanciada no art. 8.º do mesmo provimento legal, que dispõe:

Art. 8.º — "Os dentistas práticos licenciados de acordo com os Decretos n.ºs 20.862, de 28 de dezembro de 1931, 21.073, de 22 de fevereiro de 1932, e 22.501, de 27 de fevereiro de 1933, poderão fazer qualquer trabalho dentário, sendo-lhes, porém, terminantemente, vedadas

todas as intervenções sangrentas que não forem simples exodontias na região gengivo dentária.”

Dessa sorte, imperioso se reconheça que, *in hac specie*, havia exercício ilegal da profissão de odontólogo e não, apenas, exercício irregular da atividade profissional em tela. Houve, pois, fundadas razões *juris et legis*, para o procedimento mencionados nos autos, pertinentes à apreensão dos instrumentos de trabalho de Aldo Nabor Gradin, e que, de resto, representa simples cumprimento de disposição legal, que seja, o art. 14 da Lei nº 1.314, de 17/01/1951, que preceitua, *in verbis*:

Art. 14 — “Será apreendido e remetido ao Depósito Público o material existente em consultório odontológico, cujo emprego se verifica por quem não tenha diploma registrado, ou pessoa que não esteja devidamente autorizado pela autoridade competente.”

Evidentemente, existindo na órbita estadual, serviço especialmente encarregado, dentro da Secretaria da Saúde, da Fiscalização do Exercício Profissional, abrangendo as atividades pertinentes à Medicina, Farmácia e Odontologia, a esse serviço incumbirá a efetivação da providência prescrita *in art. 14*, da Lei nº 1.314/1951.

De outro lado, à apreensão dos materiais, precitada, para a qual é competente a autoridade administrativa, no exercício da função de guarda da saúde pública, é imperioso junte-se outra medida, esta de ordem judicial, tendente à apuração da responsabilidade criminal do cidadão Aldo Gradin.

Nesse sentido, prescreve o art. 3º do diploma legal predito:

Art. 3º — “Aquele que, mediante anúncio ou qualquer outro meio se propuser ao exercício da odontologia, sem

título devidamente registrado, está sujeito às penas aplicáveis ao exercício ilegal da profissão.”

À sua vez, dispõe o art. 13, do mesmo provimento legal:

Art. 13 — “Os processos criminais de que trata essa lei, cabem, por denúncia, ao Ministério Público, mediante solicitação do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina, do Departamento Nacional de Saúde, e, nos Estados, da autoridade sanitária competente.”

De outra parte, o Código Penal Brasileiro, em seu art. 282, define o crime de “exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica”, nos seguintes termos:

art. 282 — “Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal, ou excedendo-lhe os limites:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo Único. Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa, de um a cinco contos de réis.”

Urge, dessarte, configurada a infração ao dispositivo sinalado, providencie a Administração, através da autoridade sanitária competente, *in casu*, o Exmo. Sr. Secretário da Saúde, na comunicação do fato ao Ministério Público.

É o meu parecer, s.m.j...

Porto Alegre, 9 de maio de 1967.

ATO ADMINISTRATIVO E RETROATIVIDADE

Parecer n° 825-DAJ

RETROATIVIDADE

Eficácia retroativa de Ato Administrativo.

Retroatividade justa e injusta.

Configura retroatividade injusta, constitucionalmente vedada, a dispensa ou demissão de servidor com efeito retrooperante, se aquele continua em exercício.

Constitui efetivo tempo de serviço público o prestado antes da publicação do ato, mas após a data neste fixada como termo final da relação funcional.

Natureza constitutiva negativado ato de dispensa em foco.

Eficácia *ex nunc* do ato desconstitutivo.

Prescrição quinquênaria dos vencimentos devidos na constância do vínculo funcional, não reclamados em tempo hábil.

O Exceletíssimo Senhor Secretário de Educação solicita a audiência desta Consultoria Geral, em processo em que é interessada ROMILDA MATHILDE MARRONI ZANIOL, professora contratada, de Matemática, com lotação no Colégio Estadual Dr. Carlos Chagas, em Canoas.

Foi a postulante, pos Portaria n° 8382 de 30 de outubro de 1961, admitida nos termos do art. 3° , letra F, da Lei n° 3601, de 1°/12/1958, para exercer as funções de Professor de Ensino Secundário, de Matemática, no Ginásio Estadual Santo Tomás de Aquino, de Marau, a partir de 15 de março de 1961, até 26 de maio do mesmo ano.

Ocorre, todavia , segundo alegou a postulante em petição datada de 2 de agosto de 1968, que, em virtude de não ter recebido a Escola onde lecionava, comunicação a respeito do prazo de duração de seu contrato, permaneceu no exercício das funções até o fim do ano letivo, o que de resto é comprovado por atestado de efetividade passado pelo Diretor da unidade escolar, em apreço. Acrescente-se que, apesar disso, a interessada só percebeu vencimentos no período de 15 de março a 26 de maio do ano predito. Em razão disto, solicitou fosse reconsiderado o ato que a admitiu, para estender-lhe o período de vigência até 28 de fevereiro de 1962.

No Departamento de Educação Média da SEC, foi despachado o expediente com promoção desfavorável do Bel. Alcêo Moraes Almeida, Assistente no D.E.M., por entender, que, *verbis*:

“Está irremediavelmente prescrita a reclamação da requerente, a teor do art. 161 do Estatuto, e nada vem alegado de modo a afastar o lapso prejudicial. Assim, descabe analisar o mérito do pedido em confronto com o motivo determinante daquele provimento condicionado no tempo.” (fls. 5, vs, dos autos).

Acolhendo a manifestação em foco, o Titular da Pasta da Educação indeferiu o pretendido.

Volta a requerente com nova petição (fls. 11) para dizer que sabendo prescrito seu direito no que se refere ao pagamento de 7 meses em que prestou serviços ao Estado, quer todavia seja tal tempo considerado como de efetivo serviço, com vistas à obtenção do benefício do art. 177, § 2° da Constituição Federal. Nesse sentido, solicita o encaminhamento do processo em alusão, mais os de n°s 61.446/68-SEC e 33.849/68-SENA, a esta Consultoria Geral, o que, com a anuência do Senhor Secretário, ensejou viesse o expediente às nossas mãos.

É o relatório.

À primeira vista, o caso relatado pareceria de fácil solução, porquanto estaria aparentemente configurada a situação de funcionário de fato, prestando serviço ao Estado após a desconstituição do vínculo funcional. Todavia, a questão não é tão simples, mormente, se se atentar para a data da Portaria nº 8382, nos termos da qual admitiu-se a postulante para o exercício do magistério. Dito Ato, proposto ao subsecretário do ensino secundário em 12 de setembro de 1961(ut f. 13), recebeu sua conformação em outubro do mesmo ano, observando-se, contudo, que tanto a proposta como a própria Portaria não desconhecem que a prestação de serviços se iniciara já em março daquele ano. Mais, ainda, se atribui ao ato eficácia retroativa, precisamente, em atenção ao fato sinalado, como o fito de ratificar a admissão e permitir-lhe a normal produção de efeitos. Ora, não se desconhece, que embora o seu desaconselhamento, tal prática vingou por longo tempo na administração estadual (e não só nesta órbita) constituindo, até, fato corriqueiro. De outra parte, conquanto não vista com bons olhos, em matéria de política de pessoal, em um sentido amplo, visualizando-se a questão sob o prisma do Direito Constitucional e sob a égide dos princípios que informam todo o sistema jurídico brasileiro, aliás, materializados através do art. 6º e seus parágrafos da Lei de Introdução, não encontra a retroatividade de obstáculo, senão em dois pontos fundamentais: o respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, de um lado, e de outro de que não se presume a retroação, "em toda parte considerada providência rara e excepcional", no feliz dizer de CARLOS MAXIMILIANO, *in* Direito Intertemporal, ed. 1955, pág. 5.

Enquanto, pois, se diz que a retroatividade é proibida no Direito Brasileiro, com melhoria de razão se dirá que, ao contrário, é a retrooperância permitida desde que cristalina e expressa e que não importe em ofensa ou lesão à trilogia definida segundo a Escola Subjetivista de Savigny, Lassale, Gabba, e tantos outros mestres, nos três parágrafos do art. 6º, da Lei de Introdução, predita.

Se a afirmação é válida no que respeita ao ato proveniente do Legislativo não o é menos em relação ao de que se cogita nos autos, porquanto se circunscreve a Portaria como Lei em sentido amplo, é bem verdade que por sua generalidade decrescente e particularidade crescente, entre os degraus inferiores da pirâmide em que se hierarquizam as leis.

Desta sorte, nada a objetar quanto ao Ato em alusão, no que pertine com a eficácia retroativa que se lhe emprestou para os fins de admissão da peticionária. Resta, pois, examinar se a idêntica conclusão se chega, com vistas à retrooperância do mesmo ato em relação à dispensa da interessada.

Com efeito, ao mesmo tempo em que se determinava dita admissão, fixando-a a partir de uma data pretérita, ou seja 15 de março de 1961, estabelecia a Portaria nº 8382, de 30 de outubro do mesmo ano, o seu prazo de duração, subordinando-a a um termo final, precisamente o dia 26 de maio de 1961, data, à sua vez, também pretérita com vistas à em que se perfez a Portaria em alusão.

Cumprido, agora, saber se em sendo legítimo o ato enquanto à fixação do termo de admissão, o foi com pertinência à data da dispensa.

Quer me parecer que não, em outras palavras, a retroação na primeira hipótese está perfeita, porque, **expressa**, não viola o mandamento constitucional nem infringe dispositivo legal, o precitado art. 6º e seus parágrafos da Lei de Introdução. É retroatividade justa, no distinguir da melhor doutrina.

De outra parte, a segunda hipótese, retroatividade do ato no que toca com a dispensa, configura retroatividade injusta, proibida, vedada, porque importa em lesão a direito incorporado ao patrimônio do indivíduo. Tinha, sem dúvida, *in hac specie*, a postulante direito ao exercício funcional, à posição de extranumerário ou contratado,

enquanto não visse desconstituído o vínculo, ainda que ao nuto da Administração, e, pois, de forma unilateral, mas tendo disto conhecimento, para que, no seu interesse e no da Pessoa Administrativa, a que servia, não se prolongasse, além do termo final, do *dies ad quem*, aquele exercício.

De toda sorte é imperioso se reconheça, especialmente no caso em apreço, a impossibilidade de se desconstituir ato ou relação com efeito retroativo. Não se trata aqui de mera declaração de existência ou inexistência de relação jurídica, cujo efeito, este sim, seria *ex tunc*, mas, de desconstituir relação em vigor, e como tal, participando o ato da natureza daqueles cuja carga predominante é constitutiva negativa, a eficácia que se lhe há de reconhecer, só pode ser *ex nunc*.

Trata-se, dessarte, *in hoc casu*, de receber como válida e eficaz a Portaria nº 8382, de 30 de outubro de 1961, naquilo que respeita com a admissão; em contrapartida, no que toca com o desfazimento do vínculo, reconhecer-lhe eficácia apenas a partir da data em que a interessada dela tomou conhecimento, presumindo-se tal fato com o afastamento do exercício, o que se deu a 31 de dezembro de 1961, conforme se depreende do atestado de f. 9, subscrito pela Diretora de Divisão do Ensino Secundário, e passado à vista do atestado fornecido pelo Diretor do Ginásio Estadual "Santo Tomás de Aquino", de Marau.

Admitir o contrário, importaria em dar guarida à retroatividade injusta, que repugna ao Direito e ao sentimento de justiça, é nociva e contraditória aos princípios informadores do sistema. Cumpre, pois, nesse passo, ignorar a cláusula que a prescreveu, entendendo-se como termo final da relação funcional o momento em que, deu-se a conhecer à postulante o rompimento do vínculo, e que, à falta absoluta nos autos de elementos hábeis à sua fixação, estabelecemos como a data em que se encerrou a efetividade da peticionária, com o seu afastamento do exercício, mais precisamente, a 31 de dezembro de 1961.

Em conclusão, é imperioso se reconheça à postulante como efetivo tempo de serviço, o lapso temporal que mcdeou entre 15 de março de 1961 e 31 de dezembro do mesmo ano na proporção em que lhe é atestada sua efetividade. Em decorrência disso, deve tal período integrar-se na grade de tempo de serviço da requerente, como tempo hábil à produção de efeitos, nos termos da legislação vigente, inclusive, à evidência, para a satisfação do pressuposto temporal, com vistas à estabilização, prevista no art. 177, § 2º, da Constituição do Brasil, de 1967.

Apenas, no que diz respeito aos vencimentos correspondentes, que não lhe teriam sido pagos, reafirma-se, outra vez, que ocorreu, em favor do Estado, prescrição, e já não é de seu *jus* reclamá-los.

É o Parecer.

Porto Alegre, 14 de maio de 1969.

CONVOCAÇÃO DE FUNCIONÁRIO EM REGIME ESPECIAL

Parecer nº 838-DAJ

FUNCIONÁRIO DE FATO:

Convocação para regime especial de trabalho, a que alude a Lei nº 4.937/1965, pressupõe no sujeito convocado investidura em cargo ou função pública.

Convocação do art. 7 e § 2º da Lei nº 4.937 não importa em modo de provimento de cargo público ou forma de admissão ao serviço público.

Caracteriza-se como **função de fato** a prestação de serviço de quem não investido regularmente em cargo ou função, foi, por falha da administração convocado para regime especial de trabalho.

Remunerabilidade dos serviços a tal título prestado, desde que configurada a boa fé.

Responsabilidade do agente administrativo que der posse ou facultar o exercício antes da publicação do ato de nomeação ou de admissão, pela retribuição a que fizer *jus* o funcionário de fato.

1. Por requerimento encaminhado em 1º de fevereiro de 1968 à Direção Geral do Tesouro do Estado, Daniel Viuniaki, Professor contratado de Ensino Médio II, de Química, matrícula nº 108.457 Lotado no Colégio Estadual Nicolau Araújo Vergueiro, na cidade de Passo Fundo, solicitou pagamento de vencimentos e vantagens relativas à convocação em regime especial, de 16 a 18 aulas semanais, equivalentes ao regime especial de 33 horas de trabalho por semana, no período de 3 de março de 1967 a 11 de maio do mesmo ano.

2. Na Secretaria da Fazenda foi o expediente objeto de pronunciamentos contraditórios, entendendo a Chefia do Plano de Centralização de Pagamentos pelo indeferimento do pedido, porquanto não estava o interessado investido em função pública no período assinalado, eis que, sua admissão data de 12 de maio de 1967, *ut* Boletim nº 232/67, da S.E.C., publicado na data predita. Quanto ao fato de se lhe ter atestado efetividade de 3 de março de 1967 a 11 de maio de 1967, em atenção aos serviços efetivamente prestados e, ainda, ao fato de ter sido convocado pela Portaria nº 10.710/SEC, publicada no Diário Oficial de 09 de março de 1967, nada se diz, senão que o peticionário não faz jus a vencimentos e vantagens de convocação, porque esta pressupõe qualidade de funcionário público, que o postulante não detinha, exercendo irregularmente o magistério.

3. De outra parte, opinando que a “eficácia da admissão foi efetivada antecipadamente, através de ato convocatório, publicada no Diário Oficial de 9 de março de 1967, em que é declinada a condição do requerente de Professor de Ensino Médio II, de Química, contratado”, o Senhor Subdiretor Geral da Secretaria da Fazenda decide pelo “pagamento da gratificação por regime especial de trabalho, inclusive salário, a partir da publicação, no Diário Oficial, do ato convocatório, ou seja, a contar de 9 de março de 1967, desde que devidamente comprovada a efetividade”. (sic f. 8)

Nesse passo, e em face de novas manifestações da Diretoria da Despesa, (f. 9 e 10) sugere-se a audita desta C.G.E. o que, afinal, é feito.

É o relatório.

4. Mais uma vez, chega ao Serviço de Assistência Jurídica aos Órgãos Estaduais, da Divisão de Assistência Jurídica da C.G.E. expediente em que se tipifica o problema da função de fato, ou de prestação de serviço por quem não

legitimamente investido em cargo ou função pública. No caso em foco, há que considerar a presença de elemento novo, qual seja, a convocação de que trata a Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, alcançando pessoa alheia ao serviço público. Resta saber da eficácia do ato em apreço, se bastante para conferir *status* funcional ao convocado, inserindo-o em determinada categoria dos prestadores de trabalho público, ou, se, ao contrário, inoperante, quando porventura o sujeito convocado não pré-detenha aquele *status*. Quer nos parecer, *salva reverentia*, que pelo rigor conceitual, pressupõe a convocação, entre outras condições, a detenção pelo sujeito de uma qualificação especial: A de funcionário público. Não se constitui, à evidência, em modo novo de provimento de cargo público, *a latere* do art. 10 da Lei nº 1.751, de 22.2.1952, nem por qualquer forma, em nova espécie de admissão ao serviço público. Não modifica o vínculo funcional; altera, isto sim o quantum temporal da prestação de trabalho; diz, dessarte, com o regime de trabalho, que altera, dilatando a jornada semanal e impondo ao poder convocante um ônus, qual seja, o pagamento da gratificação por esse regime especial. Por tudo isso, é imperioso se reconheça que a eficácia do ato convocatório depende de satisfação de seus pressupostos. Na espécie em tela, não há dizer que conferiu posição funcional a quem não a detinha, visto não se conter tal poderio no somatório de efeitos da convocação.

5. Por outro lado, impende observar, que se o ato convocatório, devidamente publicado, não perfez seu itinerário normal por carecer o sujeito convocado da qualidade que se lhe exigia, não se lhe há de reconhecer nenhum efeito.

Não pode, é certo, produzir a eficácia que lhe é própria; pode, todavia, servir como elemento tendente a apontar a boa fé do suplicante. De fato, se à administração ocorre enganar-se, como em realidade enganou-se, no caso em apreço, editando a convocação antes que se publicasse a Portaria de admissão (o que se fez em 12 de maio de 1967)

mais facilmente há que presumir a boa fé do interessado, mormente, quando em seu favor milita a circunstância de a própria Pessoa Administrativa, através de ato público (Portaria nº 10.710 de 9 de março de 1967), deferir-lhe tratamento próprio de funcionário. Concorrem, pois, na hipótese fundadas razões para que se presuma a boa-fé do interessado, tanto mais que a imputação de má-fé há de ser cumpridamente provada.

6. Dessa sorte, é inegável que embora ao arrepio da lei, sem embargo de não estar regularmente investido em cargo ou em função pública, ligou-se o peticionário à Administração por vínculo de fato. Consubstanciou-se, aqui, uma outra vez, a figura do funcionário de fato, ou da função de fato, sobre a qual longas e tormentosas discussões tem se travado na jurisprudência e doutrina brasileiras.

Apontada como uma figura até certo ponto esdrúxula, dentro do Direito Estatutário, e por ele não prevista, a questão da função de fato se impõe como uma realidade a reclamar solução.

7. Sobre esse tema, aliás já nos pronunciamos em Parecer nº 687/DAJ, de 16 de agosto de 1968, onde se afirma, verbis:

“Nessa linha de princípio tem-se entendido que o liame fático que une o indivíduo à pessoa administrativa, atendidos determinados pressupostos, se não tem o condão de qualificar *motu proprio* o prestador de serviço como funcionário, tem todavia o poder de gerar direito à retribuição pecuniária. Se a administração pagou, com desconhecimento da situação verdadeira, não cabe repetição, se não o fez, urge que o faça, e o fundamento da obrigatoriedade de contraprestação repousa na proibição do enriquecimento sem causa.”

8. Em conforto a tal entendimento, alinha-se entre outros, o brilhante parecer do Conselho do Serviço Público, nº 3505, de 15.4.1957, publicado in D.O. de 6 de maio de 1957, sendo Relator o Conselheiro Prof. JOÃO LEITÃO DE ABREU, que magistralmente, anota:

“Parece inegável, pois, que a tendência, manifestada de maneira geral, é no sentido de se reconhecer ao funcionário **de facto**, cuja assunção do exercício de funções públicas se haja processado de boa-fé, a retribuição pelo desempenho da tarefa, que lhe tocou executar. Quando no filiar-se à doutrina que, a todo o momento, ganha terreno, enquanto à questão da indenização devida, **pro labore facto**, ao servidor irregular, opinou, em mais de um parecer, no sentido de direito, em tal caso, à retribuição pela prestação de trabalho ao poder público, não perdeu de vista este órgão a indeclinabilidade de se achar o prestador de trabalho, nesse caráter, de boa-fé.

Não se pode exigir, por certo, que a boa-fé diga respeito à inteira correção da investidura. Opor-se-ia a isso o postulado de que não se presume em ninguém a ignorância a lei. É verdade que o mesmo princípio militar, no caso, no sentido de fazer presumida e com maioria de razão, no órgão administrativo, o conhecimento da lei, que a convocação irregular para a prestação de trabalho público tenha infringido. Dar-se-ia, como resultado, a concorrência de culpa, de maneira que a administração não poderia alegar culpa exclusiva do funcionário irregular para furtar-se ao dever de lhe retribuir o trabalho prestado. Além da presunção, que é comum a todos, do conhecimento da lei, tem por si, ainda, os atos da administração a presunção de legitimidade, ou seja, de sintonia com a lei”.

9. No mesmo sentido, a posição desta Consultoria Geral, aliás amparada na melhor doutrina (RAFAEL BIELSA, in Tratado de Derecho Administrativo, vol. II, pág. 27,

CONSTANTIENAU, in Tratado de la Doctrina de Facto, vol II, pág. 371 e s.s.), e refletida no Parecer nº 134, de 18 de abril de 1966, do Gabinete de Assessoramento Jurídico, da lavra do ilustre Consultor Jurídico prof. NEY MESSIAS, cuja ementa reza:

“O serviço prestado, em acumulação de boa-fé, deve ser remunerado. **A irregularidade da situação não justifica que o Estado se locuplete como o trabalho alheio realmente prestado por quem detinha habilitação magisterial**”. (o grifo é nosso)

Posto que se trata realmente de função de fato, e que o exercício se deu em boa fé cumpre se conclua pelo deferimento da pretensão.

10. Apenas, seria, talvez, oportuno lembrar que à Administração, no zelo de seus interesses e dos interesses daqueles que com ela se relacionam, objetivando, ainda, a regularidade dos seus serviços, incumbe chamar a atenção dos seus servidores para o item 2, da Ordem de Serviço nº 6, de 26 de outubro de 1966, que, de resto, no anunciar a responsabilidade da autoridade que der posse ao servidor antes da publicação do respectivo ato, pela remuneração a que este fizer jus, nada mais faz que repetir princípio inserto no art. 15 do Código Civil Brasileiro, que prevê ação regressiva da Pessoa Jurídica de Direito Público contra seus representantes que tenham causado dano a terceiros, **“procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei”**... Nesse sentido, força é concluir em face das disposições estatutárias que regulam a **posse** (Lei nº 1751, de 22/2/1952, art. 27 a 32, especialmente o art. 31, combinados com o art. 34, *caput*, do mesmo Diploma Legal), e das disposições que disciplinam a responsabilidade da Pessoa Jurídica de Direito Público (Constituição Federal de 1967, art. 105 parágrafo único; Código Civil Brasileiro, art. 15), que a autoridade que dá posse, ou autoriza, permite ou

simplesmente tolera o exercício daquele não regularmente investido em cargo ou função pública, procede de "modo contrário ao direito" e "falta a dever prescrito por lei", devendo, dessarte, sem prejuízo de outras sanções legais, suportar o ônus, por que responde diretamente e em primeiro lugar, a Fazenda Pública.

11. Em conclusão, cabe ao interessado a contraprestação pecuniária, à guiza de indenização, pelos serviços prestados, na proporção em que é atestada sua efetividade, por todo o período em que, de fato, embora não de direito, vinculou-se ao Estado, ou seja, salários e gratificação correspondentes ao período de 3 de março de 1967 (se do atestado de efetividade se comprovar que nesta data se iniciou a prestação de trabalho) a 11 de maio de 1967, por quanto a partir de 12 de maio se inseriu legitimamente no serviço público, como contratado, *ut* Portaria nº 25.782, SEC, publicada na data precitada.

É o Parecer.

Porto Alegre, 16 de junho de 1969.

**PARECERES DA PROCURADORIA
DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA
AOS MUNICÍPIOS**

FUNCIONÁRIO PÚBLICO E VENCIMENTOS

Parecer n° 6989

Vencimentos pagos a funcionários públicos em valor inferior ao padrão remuneratório fixado em lei.

Natureza do ato administrativo que determina a correção e regularização do pagamento.

Eficácia "ex tunc". Direito à percepção das diferenças apuradas, sem ônus ou acréscimos.

A CÂMARA MUNICIPAL DE URUGUAIANA, por ofício subscrito por seu Presidente e Secretário, consulta a Procuradoria de Assistência Jurídica aos Municípios, desta Procuradoria-Geral do Estado, sobre o procedimento a ser observado em relação ao fato que passo a relatar:

2. Aprovados em concurso público destinado ao provimento de vagas de Oficial legislativo Auxiliar, do Quadro Permanente, série D, classe "A", cinco candidatos foram nomeados em 7 de julho de 1983 e empossados a 5 de agosto do mesmo ano. Não se informa a data em que entraram em exercício.

3. O expediente dá conta que, desde a nomeação até a data de 9 de julho de 1985, os funcionários indicados perceberam vencimentos inferiores aos padrões básicos estabelecidos na legislação municipal, quando "através do ofício n° 870/85, houve a regularidade de seus vencimentos básicos" (fls. 4).

4. Em **requerimento** datado de 16 de janeiro de 1986, os interessados postulam o pagamento das diferenças de vencimento relativas ao período de 7 de julho de 1983 a 9 de

julho de 1985, que mereceu Parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça daquela Câmara, que conclui ser "claro o direito dos requerentes, devendo o presente pedido ser enviado ao setor de pessoal para apurar as importâncias devidas, com os acréscimos legais" (fls. 4).

É o relatório.

5. A questão que se põe, *in casu*, é a de saber se o ato administrativo que determinou a regularização dos vencimentos em obediência à legislação municipal produz efeitos a partir de sua edição, ou retroopera ao passado, alcançando todo o tempo não coberto pela prescrição quinquenal.

6. Ora, os vencimentos e padrões remuneratórios dos cargos públicos são os estabelecidos em lei. O direito à percepção de um certo e dado valor, a título de vencimento de um determinado cargo, decorre da lei. O ato administrativo, pois, que ordena que se pague o valor fixado em lei, **corrige** erro da administração, reconhece direito preexistente, declara-o. Como tal, seus efeitos retroagem, restabelecendo a situação jurídica violada.

7. Correto, pois, em parte, o posicionamento adotado em Parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara municipal de Uruguaiana que opina favoravelmente à pretensão dos funcionários prejudicados.

8. Com efeito, se o direito dos funcionários à percepção das diferenças de vencimento pago a menor no período sinalado é inquestionável, não assim quanto aos "acréscimos legais" mencionados no predito Parecer.

A satisfação espontânea, na instância administrativa, de diferenças de vencimento, de vantagens patrimoniais "atrasadas" referentes, *verbi gratia*, a gratificações adicionais,

a avanços trienais etc., não sofre os ônus da mora, como juros e correção monetária. Só por sentença judicial ou, nos contratos administrativos, mediante cláusula expressa, pode a Administração Pública ser a tanto compelida.

Na situação concreta proposta a exame, caberia o pagamento das diferenças apuradas mês a mês, desde o início do exercício até 9.07.85 sem quaisquer ônus ou acréscimos, e observada a urgência possível, para evitar os inconvenientes de demanda judicial.

Finalmente, ressalva-se que o presente pronunciamento não examina a questão de fundo referente à adequação dos vencimentos pagos aos padrões legais, porque não há, no expediente, qualquer informe a respeito.

Esse é o Parecer, **subcensura**.

Porto Alegre, 10 de dezembro de 1986.

CONCURSO PÚBLICO MUNICIPAL: GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Parecer nº 7107

Concurso Público para provimento de cargo no serviço público municipal.

Atestado de boa conduta fornecido por autoridade policial competente.

Registro de Ocorrência - Não abertura de Inquérito Policial decorridos mais de três anos da *delatio criminis*.

Presunção de inocência.

Garantias constitucionais:

Contraditoriedade da instrução criminal.

Ampla Defesa.

Devido Processo legal.

O Senhor **PREFEITO MUNICIPAL DE CONSTANTINA** encaminha ao exame e parecer da Procuradoria de Assistência Jurídica aos Municípios, desta Procuradoria-Geral do estado, expediente em que se coloca a seguinte questão:

2. Realizado concurso público para provimento de cargo de Auxiliar Administrativo (uma vaga) do serviço público municipal, o candidato classificado em 2º lugar requereu a sustação de todos os atos referentes ao concurso, até que fosse julgado recurso em que postula a decretação de nulidade do ato que homologou a inscrição do 1º classificado.

3. Fundamenta o recorrente seu petitório em certidão de ocorrência, extraída a 17 de fevereiro do corrente ano pela autoridade policial local, onde o gerente da empresa em que trabalhava o 1º classificado no concurso, comunica fraude na contabilidade da firma.

Do registro da ocorrência consta ter o gerente declarado, que o empregado confessou ser o responsável pela fraude perpetrada no período de março a setembro de 1983, prontificando-se a devolver o produto da fraude, num total de aproximadamente Cr\$ 2.500.000,00 (dois milhões e meio de cruzeiros). Segundo declarações do gerente, o empregado já devolvera à firma a importância de Cr\$ 500.000,00 (quinhentos mil cruzeiros) Comprometendo-se a "restituir o saldo nos próximos dias". Finalmente informa o gerente que em face do acerto com o empregado, não tem interesse na abertura do inquérito Policial, mas registra o fato "apenas para resguardo dos direitos da firma".

4. Sucede que, entre outros requisitos, a inscrição ao concurso, nos termos do Edital nº 02/87, exigia boa conduta pública e privada, a ser comprovada mediante atestado.

O 1º classificado juntou atestado de residência e conduta, em formulário próprio, fornecido e subscrito pela autoridade policial, onde se lê:

"Atesto que, nos livros e Arquivos desta Delegacia, nada consta contra a conduta do requerente."

5. Observe-se que o Registro de Ocorrência nº316/83 é de 6 de outubro de 1983, o atestado de boa conduta é datado de 2 de janeiro de 1987 e a certidão de ocorrência, acostada aos autos, tem a data de 17 de fevereiro de 1987.

Este o Relatório.

6. O problema posto no expediente, centra-se pois, em saber se a certidão de Registro de Ocorrência infirma o atestado de boa conduta passado pela autoridade policial.

Ou, em outras palavras, registrada ocorrência como a dos autos, feita pelo interessado, lesado ou ofendido, a **delatio criminis**, mas manifestando esse desinteresse na realização do inquérito policial, que efetivamente não foi aberto, para,

ad perpetuam, sobre o acusado, dúvida sobre sua conduta ou reputação?

7. Não cabe, **in casu**, indagar se a autoridade policial poderia ou não atender à manifestação do gerente da lesada. Se estava à sua discrição determinar ou não a abertura do inquérito policial. Se lhe cabia ou não aguardar confirmação da **notitia criminis** para iniciar as investigações. O fato é que não deu andamento ao Inquérito Policial, que é "procedimento administrativo destinado a apurar a infração penal e a autoria, nos termos do artigo 4º do Código de Processo Penal" (cf. MAGALHÃES NORONHA, *In Curso de Direito Processual Penal*, fls. 22).

8. No caso vertente não houve Inquérito Policial, não houve ação penal; não houve, obviamente, condenação criminal.

Aquele que na **delatio criminis** é apontado como virtual autor do provável delito, não foi ouvido; não foi interrogado. Não lhe foi, sequer, dada ciência da acusação que se lhe assacava.

Certo que sendo o Inquérito Policial procedimento e não processo, apresenta certo caráter inquisitivo. Não afasta, entretanto, o princípio da contraditoriedade, que resulta do artigo 153, § 16, da Constituição Federal.

Nesse sentido, a exemplar lição de PONTES DE MIRANDA, ao anotar, *verbis*:

...

"Seja judicial, seja judicialiforme, ou perante o juiz, **ou perante a polícia**, ou perante a autoridade administrativa, **a instrução criminal tem de ser**, por força da Constituição, **contraditória**. (Comentários à Constituição de 1969, Tomo V). (grifei).

Ora, não houve, como se viu, instrução criminal de qualquer espécie ou perante qualquer autoridade. Não se oportunizou ao eventual autor do eventual delito ensejo de confessar; ou de negar; ou de desfazer equívoco; ou, ainda, de elidir o caráter antijurídico do fato que se lhe imputava.

9. É princípio assente no direito dos povos civilizados a garantia do devido processo legal *due process of law* consagrado na 5ª e 14ª Emendas da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte.

Tal garantia constitucional inibe precisamente restrição à liberdade física e moral, ofensa ao conceito, reputação ou conduta de alguém, sem o **devido processo legal**. Sem esse, ninguém pode ter infirmada sua conduta, ou posta em dúvida sua inocência, que em todo caso se presume.

A inércia justificável ou não da autoridade policial não pode importar em restrição à esfera jurídica do administrado.

10. Pelas razões aqui expendidas opino no sentido de conhecer-se do recurso impetrado pelo 2º classificado, e no mérito, negar-lhe provimento com a manutenção dos atos impugnados procedendo-se à nomeação do 1º classificado, se tal provimento for do interesse da Administração Municipal.

Porto Alegre, 11 de maio de 1987.

REDUÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO PARA APOSENTADORIA

Parecer nº 7152

Lei redutora do tempo de serviço para aposentadoria editada na vigência de permissivo constitucional (c.f. 1946, artigo 191, § 4º). Resguardo dos efeitos decorrentes da qualificação do tempo, operada até 15 de março de 1967.

1. Consulta a **CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO LEOPOLDO** sobre a constitucionalidade, ou não, da averbação, para fins de aposentadoria, de acréscimo de tempo de serviço previsto na Lei Municipal nº 789, de 2 de janeiro de 1958, revogada pela Lei Municipal nº 1.533, de 31 de dezembro de 1969.

Disponha a Lei revogada em seu artigo 1º:

...“É assegurado ao funcionário que tendo 25 anos de efetivos serviços do Município, e, no mínimo 10 anos, sem interregnos, de chefia de seção, comissão, ou detentor do cargo isolado, encarregado de serviços, a contagem de 1/5 daquele tempo para fins de aposentadoria.”

“**Parágrafo único** - Somente será indeferido o pedido se houver anotação punitiva não cancelada na forma estatutária, decorrente de inquérito administrativo.”

2. A questão posta no ofício-consulta vem acrescida, ainda, de descrição de situação concreta de servidores, que passo a reproduzir:

“Funcionário admitido em 1956 exercendo cargo de “**encarregado de serviço**”. Quando da revogação da Lei nº 789, tinha 12 anos de encarregado de serviço (conforme artigo 1º da Lei nº 789), mas não possuía os 25 anos de efetivo serviço do Município, para se aposentar. Pergunta-se se estes anos em que foi encarregado de serviço contam proporcionalmente para averbação para fins de aposentadoria?”

É o Relatório.

3. A benesse assegurada pela Lei Municipal nº 789/1958 punha como **condicio legis**, a combinação de três requisitos, a saber:

a - contar o funcionário 25 anos de efetivos serviços do Município; (sic);

b - ter exercido, sem interrupção, por prazo não inferior a 10 anos, chefia de seção, comissão, ou o cargo isolado de encarregado de serviços; e

c - ausência de anotação punitiva, decorrente de inquérito administrativo, equiparando-se à ausência, o posterior cancelamento de punição.

4. Editada a lei em epígrafe, na vigência da Carta Política Federal de 1946, consubstanciava permissivo redutor do tempo de serviço para aposentadoria, que ao sistema então imperante não repugnava (artigo 191, § 4º).

Dessa sorte, quem detivesse a situação jurídica de funcionário público do município de São Leopoldo e satisfizesse cumulativamente, as condições descritas no item 3 supra, veria acrescido ao seu tempo de serviço, 1/5 do tempo em que houvesse titulado as funções indicadas na letra **b**, para efeito de aposentadoria.

5. Sobrevindo a Constituição de 1967, em vigor a partir de 15 de março desse ano, inovou-se o trato normativo da questão, através do § 2º, do artigo 100, que dispõe:

"Artigo 100 - ...

"§ 2º - Atendendo a natureza especial do serviço, a **lei federal** poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço, nunca inferiores a sessenta e cinco e vinte e cinco anos, respectivamente, para a aposentadoria compulsória e a facultativa, com as vantagens do item I do artigo 101." (Grifei).

Não mais a lei, como preceituava a Carta de 46, e, portanto, lei federal, ou lei estadual, ou lei municipal, conforme o caso, mas a lei federal, com o que se subtraiu ao legislador estadual e ao municipal a competência para edição de redutores do tempo de serviço para os fins preditos.

6. Em esteira semelhante, porém mais restritiva, a Emenda Constitucional n 1/69 estabeleceu, *ut* artigo 103:

"Art.103 - Lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza do serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade."

A contar de 30 de outubro de 1969, data em que começou a vigor a Emenda Constitucional nº1, só a lei complementar de iniciativa exclusiva do Presidente da República poderá excepcionar as regras definidoras da contagem do tempo de serviço para fim de inativação, presentes na Constituição do País.

7. Esboçado o quadro de regência Constitucional da matéria, impõe-se uma investigação preliminar, que diz com o sobre direito da constituição.

É pacífico, nos países de direito escrito filiados ao sistema de direito continental que a norma constitucional, ao entrar em vigor, afasta, coartando-lhes a eficácia, todas as normas,

de qualquer origem ou hierarquia que com ela não se compatibilizem. É a eficácia imediata da norma condicionante que submete ao **standard** que preconiza todas as demais normas integrativas do mesmo sistema.

A norma constitucional nova pode mais. Pode, se o fizer expressamente, apanhar com sua regência situações jurídicas concretas; pode nadificar direitos adquiridos; pode afetar ato jurídico perfeito. Esse, contudo, não é o efeito comum conatural à nova ordem constitucional que se impõe ou afirma. Como lembrava TEODOSIANO, as leis e as constituições são feitas para o futuro e a advertência de CARLOS MAXIMILIANO, de que a retroatividade é providência rara e excepcional e só se admite, se claramente expressa na regra constitucional, mais que Conselho prudente é imperativo de segurança e estabilidade das relações jurídicas.

Por isso, é inarredável concluir que foram afastadas pela Carta de 67, com o reforço da Emenda nº 1, de 1969, as leis federais, estaduais e municipais que de forma mediata ou imediata implicavam em redução do tempo ou do limite de idade para aposentadoria.

8. Cabe, nesse passo, indagar:

Se é certo que tais leis existiram, vigeram e foram eficazes à luz do ordenamento constitucional sob cuja égide foram editadas, qualificaram, cresceram ou somaram fração de tempo ao tempo prestado na forma e sob as condições que descreviam?

Penso que a qualificação do tempo de serviço, seja para que efeito for, decorre das regras em vigor que acompanhassem o desenvolvimento da relação funcional.

Não quero com isto afirmar que tem o servidor, porque a constituição vigente por hipótese assim o faculta, direito a

aposentar-se com 25, com 30 ou 35 anos de serviço se tal *condictio legis* ainda não se cumpriu. Apanhada com 24 anos de serviço a professora, por regra constitucional nova que fixe-lhe a aposentadoria voluntária em 30 anos, terá de conformar-se a prestar outro seis.

Porém se exerceu direção de escola, que outra remuneração não vencia senão a determinação de valoração dobrada do tempo de direção, seu tempo de direção, (suponhamos 24 meses) é de 48 meses e não 24. Qualificou-se o tempo. Tal qualificação é, de regra, imutável. Só a regra constitucional pode subtrair o efeito produzido, se o disser de modo inequívoco. Se proibir, proíbe para o futuro. Proibir não é subtrair.

10. Assim, leis federais, estaduais e municipais que admitiam o acréscimo de fração de tempo, em razão de serviço prestado com risco de vida, ou em condições insalubres, ou pelo exercício de tal ou qual chefia, subordinando-se, ainda, a outras condições como assiduidade, ausência de faltas ou limitadas essas a um número x, sem punição ou falta disciplinar anotada, obviamente não são mais eficazes. Foram, no entanto, eficazes, ainda que diferido no futuro o efeito concreto da qualificação.

11. Aliás, por fundamentos análogos, o próprio Supremo Tribunal Federal nos RR.EE n°s 78.984 e 78.486, acolheu não apenas a eficácia diferida no futuro de que aqui se fala, mas a própria vigência de normas legais anteriores ao texto constitucional vigente e redutoras do tempo para aposentadoria.

12. Esta Procuradoria-Geral, não obstante acórdão divergente do Pretório Excelso no R.E. 100.959, DF, manteve orientação na linha exposta nos itens precedentes, pelas razões exemplarmente expostas no Parecer n° 6955, da lavra do Ilustre Conselheiro CAIO MARTINS LEAL, que mereceu

aprovação maxime do Conselho Superior, em sessão de 16 de outubro de 1986, com a acolhida do Procurador-Geral do Estado.

13. Diante das razões doutrinárias e jurisprudenciais sucintamente expostas, passo a responder, *in concreto*, ao consultado:

a - Embora revogada a Lei Municipal n° 789/58, o tempo de serviço prestado nas condições ali definidas acrescer-se-á de 1/5, salvo se sobrevier norma constitucional que, incompatível, afaste expressamente o efeito produzido;

b - Considera-se o tempo a ser qualificado - 10 anos ou mais de exercício de chefia, comissão ou encarregado de serviços - até 15 de março de 1967, embora o implemento dos 25 anos de efetivo serviço municipal se complete depois;

c - A situação do servidor relatada no memorando de fls.3, resolve-se à luz das conclusões **a** e **b** supra, reconhecendo-se-lhe o acréscimo de 1/5 sobre o tempo em que exerceu o cargo de "**encarregado de serviço**", desde sua admissão em 1956 (se o foi nesse cargo) até 15 de março de 1967, posto que já conta mais de 25 anos de serviço prestado ao município (completados em 1981) e desde que não tenha anotação punitiva em sua ficha funcional, ou se, em a havendo haja sido cancelada na forma estatutária.

É o parecer.

Porto Alegre, 18 de junho de 1987.

INCONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO MUNICIPAL

Parecer nº 7298

Declaração de inconstitucionalidade de Decreto Legislativo de Câmara Municipal, pelo Tribunal de Justiça do Estado.

Recurso Extraordinário interposto da decisão do T.J.E.R.G.S. Efeitos.

Eficácia da decisão do T.J.E., pendente recurso com efeito unicamente devolutivo.

Inaplicabilidade das disposições do Decreto Legislativo, se e enquanto não rescindido o acórdão pelo Supremo Tribunal Federal.

Encaminha a **CÂMARA MUNICIPAL DE ITAQUI**, por sua Presidente, à Procuradoria de Assistência Jurídica aos Municípios, desta Procuradoria-Geral, consulta objetivando saber se, pendente recurso extraordinário interposto da decisão do tribunal de Justiça do Estado que, por seu Órgão Especial, julgando procedente Representação do Procurador-Geral de Justiça, declarou a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 2, de 28 de junho de 1984, daquela Câmara, podem ser pagas aos Vereadores diárias e verba de representação, com fundamento no ato legislativo, em alusão.

Concretamente, a situação em exame é a seguinte:

Em 11 de junho de 1981, a Lei Orgânica do Município foi alterada pela Emenda nº 1/81, passando o § 2º, do artigo 28, a vigor com a nova redação, *verbis*:

“Art. 28...

§ 2º. Os vereadores farão jus, quando em missão ou

representação da câmara a uma diária e ao Presidente da câmara será paga mensalmente desde que efetivamente em exercício, uma verba de representação fixada por Decreto Legislativo.”

O Decreto Legislativo referido no transcrito § 2º, do artigo 28, da Lei Orgânica do Município de Itaquí, veio a ser editado em 28 de junho de 1984, regulamentando as vantagens de que ali se tratava e fixando-lhes os respectivos valores.

Dispôs, ainda, que as despesas decorrentes de sua aplicação correriam à conta “das verbas próprias do orçamento” e que a vigência dar-se-ia com a sua publicação, como efetivamente ocorreu.

Posta em dúvida a conformidade do Decreto Legislativo nº 2/84 aos *standards* condicionantes das Cartas Estadual e Federal, o Procurador-Geral de Justiça representou ao Tribunal de Justiça do Estado, arguindo a inconstitucionalidade do provimento legislativo em apreço.

Em seção de 5 de maio de 1986, a Corte Estadual, por seu Órgão Especial, julgando a Representação, que tomou o nº 585008774, decidiu, por maioria, pela procedência, declarando a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 2/84, por ofensa aos artigos 15, § 2º e 61, § 1º, letra c, da Constituição Federal e artigos 27, VIII e 43, da Constituição Estadual.

Em síntese, a eiva de inconstitucionalidade decorreu, segundo o voto vencedor, por fixar o Decreto Legislativo nº 2/84, vantagens para os membros do Legislativo Municipal, com vigência na sessão legislativa, então em curso, e não para os a legislatura seguinte, e por falta de indicação precisa da dotação orçamentária respectiva.

Finalmente, a 19 de agosto de 1986, a Câmara Municipal

de Itaquí manifestou sua irresignação ao Supremo Tribunal Federal, através de Recurso extraordinário, com arguição de relevância.

É o Relatório.

Cingida a matéria dos autos aos possíveis efeitos do acórdão atacado mediante Recurso Extraordinário, impõe-se seu exame à luz das disposições pertinentes.

Dispõe o Código de Processo Civil, no artigo 543, § 4, *verbis*:

“Art. 543. ...

§ 4º O recurso extraordinário será recebido unicamente no efeito devolutivo.”

À sua vez, estabelece o artigo 321, § 4º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 321. ...

§ 4º. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo.”

Quer isto dizer, que embora despido da autoridade da **res judicata**, na pendência do recurso extraordinário, é o acórdão do Tribunal de Justiça eficaz e dotado de executoriedade, se e enquanto não rescindido pelo Pretório Excelso. É que a recepção do recurso no efeito exclusivamente devolutivo não inibe ou paralisa os efeitos normais da decisão, apenas sujeitando-os à provisoriedade. Por essa razão, “vige” o **decisum** recorrido, e, no caso vertente, mais que presunção, prevalece a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 2/84

Desse tom não dissente MOACYR AMARAL SANTOS, quando anota:

“Alguns dos recursos tem efeito suspensivo, outros não tem esse efeito, mas tão só o devolutivo. Aqueles se dizem de efeito suspensivo porque suspendem “o momento em que a sentença vai produzir a sua eficácia natural.” (Liebman). Em conseqüência, enquanto impugnada ou suscetível de impugnação por meio de recurso de efeito suspensivo, a sentença não produz efeito algum.

...

“Com a preclusão dos recursos de efeito suspensivo, a **sentença se apresenta com sua eficácia natural**, com aptidão de produzir os seus efeitos normais”. (Grifei) (autor citado, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 3º volume. Saraiva. 1979)

Tanto é assim, que a sentença impugnada mediante recurso despido de efeito suspensivo já é suscetível de execução. Nesse sentido, o Código de Processo Civil, ao prever:

“Art. 497 - O recurso extraordinário não suspende a execução da sentença;”...

Art. 587 - A execução é definitiva...; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo.”

À vista do exposto, é imperioso concluir que o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado, que declarou inconstitucional o Decreto Legislativo nº 2/84, da Câmara Municipal de Itaquí, embora impugnado e até que diversamente decida o Supremo Tribunal Federal, é eficaz e entre os efeitos que naturalmente produz está, sem dúvida, o de inibir o atendimento das disposições que julgou inconstitucionais.

Em outras palavras, enquanto perdurar a situação de pendência descrita nos autos, não pode a Câmara consulente,

com fundamento no aludido Decreto Legislativo efetivar o pagamento das diárias e verba de representação ali excogitadas.

É o Parecer.

Porto Alegre, 27 de outubro de 1987.

ALIENAÇÃO DE BEM PÚBLICO

Parecer nº 7425

Alienação de bem público: Normas condicionantes da legislação local.

Bem móvel - Veículo.

Desnecessidade de autorização legislativa particularizada caso a caso.

Procedimento obrigatório:

1. juízo administrativo da inservibilidade do bem (por obsolência ou ociosidade);
2. avaliação prévia;
3. licitação (facultada a modalidade do leilão).

À Procuradoria de Assistência Jurídica aos Municípios, desta Procuradoria-Geral do Estado, vem expediente em que o Chefe do Executivo do **MUNICÍPIO DE PLANALTO** formula a seguinte questão:

“Tendo em vista que alguns setores do DETRAN exigem autorização legislativa para proceder ao registro de veículo vendido pelo município a terceiros, e tendo em vista o que consta na Lei Orgânica do Município, estamos consultando, através do presente, sobre a necessidade, ou não, da referida autorização legislativa, para alienar bens móveis (veículos), para efeito e prova perante ao referido DETRAN.” (sic)

Dispõe o artigo 61 da Lei Fundamental do Município:

“**Art. 61** - A alienação de bens municipais, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

II - Quando **móveis**, dependerá de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

...

Ordena a matéria, condicionando as normas pertinentes dos Estados e Municípios, o Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, republicado, com diversas alterações, no Diário Oficial da União, de 27 de julho de 1987.

Esse provimento executivo determinou em seu artigo 85:

“Art. 85. Aplicam-se aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as normas gerais estabelecidas neste Decreto-lei.

Parágrafo único. As entidades mencionadas neste artigo não poderão:

- a) ampliar os casos de dispensa, de inexigibilidade e de vedação de licitação, nem os limites máximos de valor fixados para as diversas modalidades de licitação;
- b) reduzir os prazos de publicidade do edital ou do convite, nem os estabelecidos para a interposição e decisão de recursos.”

Da cópia reprográfica da Lei Orgânica Municipal, que acompanha a consulta não constam as hipóteses de dispensa de licitação para alienação de bens móveis que, de toda sorte, devem corresponder às do artigo 15, inciso II, alíneas a), b), c), e d) do Decreto-Lei nº 2.300, e que não guardam pertinência ao objeto questionado.

De modo que, com os dados disponíveis, a linha de orientação sobre a matéria assenta sobre dois postulados:

1º - Desnecessidade de autorização legislativa caso a caso, contrariamente ao que se exige em relação à alienação dos bens imóveis.

2º - Avaliação prévia e licitação.

Observe-se que a modalidade de licitação poderá ser a do leilão, nos termos do parágrafo único do artigo 16, e observadas as disposições dos artigos 20, § 5º e 43 do predito Decreto-lei nº 2.300.

Destarte, havendo a autorização genérica para alienação, como efetivamente há, consubstanciada no artigo 61, da Lei Orgânica do Município, e cumpridos o procedimento licitatório adequado, precedido da prévia avaliação dos veículos, que decisão administrativa da autoridade competente entendeu inservíveis, por obsolência ou ociosidade, à Administração Municipal descabe a exigência de autorização legislativa especial (caso a caso), eventualmente feita pelo DETRAN, porque sem amparo ou fundamento legal.

É o Parecer **sub censura**.

Porto alegre, 22 de março de 1988

VENCIMENTO DE SERVIDORES MUNICIPAIS: COMPETÊNCIA DE CÂMARA MUNICIPAL

Parecer nº 7464

Restituição à Câmara de Vereadores de Projeto de Lei encaminhado à sanção, com solicitação de reestudo.

Decurso do prazo de quinze dias úteis sem formalização de veto: sanção tácita.

Normas constitucionais que balizam o exercício da competência do Poder Legislativo na fixação dos vencimentos dos seus servidores:

a - artigo 98, *caput* (regra de tempo ou limite)

b - artigo 108, § 1º (regra da paridade)

Regime previdenciário dos servidores municipais - orientação em consonância com o Parecer nº 6546/86, PGE.

Da Presidência da **CÂMARA DE VEREADORES DE SÃO PEDRO DO SUL** vem à Procuradoria de Assistência Jurídica aos Municípios, desta Procuradoria-Geral do Estado, expediente em que se solicita o exame de diversas questões jurídicas relacionadas aos regimes remuneratório e previdenciário de servidores daquele Município.

2. Suscita a primeira consulta fato relatado pelo Presidente do Legislativo local e assim resumido:

Projeto da Mesa, concedendo aumento de 42% aos servidores da Câmara, ao que consta, um Secretário Executivo da Presidência e dois Assessores de Bancada, foi aprovado e encaminhado à sanção do Prefeito, simultaneamente, o Chefe do Poder Executivo remeteu à Câmara Projeto de lei

estabelecendo o percentual de aumento para os demais servidores municipais, da ordem de 30%. No prazo assinado para sanção do primeiro Projeto, o Prefeito devolveu-o ao Legislativo, solicitando o "reestudo" do mesmo e a adequação ao percentual previsto no Projeto originário do Executivo.

Pergunta-se, então:

"Qual deve ser a posição da Câmara, salientando que o pedido de reestudo não tem a mínima possibilidade de ser interpretado como veto, apenas, é pedido o reestudo do projeto, sugerindo a redução do percentual de aumento?"

3. Dispondo o Chefe do Poder Executivo do **veto**, como instrumento de manifestação do juízo de inconformidade quanto ao Projeto de lei, o decurso do prazo constitucional importa em sanção tácita.

Desta sorte, o pedido de reestudo há de ser entendido como tentativa informal de sensibilização do Legislativo, buscando evitar impasses ou choques. Não está o Legislativo constrangido a atender à solicitação, nem inibido de fazê-lo. No caso concreto, não tendo a Câmara acolhido o pedido ou providenciado a adequação do percentual como pretendido pelo Prefeito Municipal, resta-lhe promulgar, através de seu Presidente, a Lei.

4. Cabe, no entanto, lembrar que o episódio pode ensejar novos desdobramentos. Senão, vejamos.

É certo que a competência para a proposição de projetos de leis que criem ou extingam cargos dos serviços da Câmara, bem como lhes fixem os respectivos vencimentos, é da própria Câmara de Vereadores, segundo o modelo da Carta Federal, que impõe, no particular, a simetria entre os entes da Federação.

5. Pois bem, esta competência está condicionada a duas regras, que constituem verdadeiros vetores, para o seu exercício. Tais são os artigos 98 e 108, § 1º da Constituição da República, que dispõe, *verbis*:

“**Art. 98** - Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores a o s pagos pelo poder Executivo, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas.”

...

“**Art. 108** - ...

§ 1º- Aplicam-se, no que couber, aos funcionários do Poder Legislativo e do Poder Judiciário da União e dos Estados, e aos das Câmaras Municipais, os sistemas de classificação e níveis de vencimentos dos cargos do serviço civil do respectivo Poder Executivo.”

6. Dessa sorte, é preciso verificar se, em decorrência do percentual outorgado pela Câmara aos seus servidores, não restou ofendida a paridade que o artigo 108, em seu § 1º, determina. Em outras palavras, se houver no Executivo cargos correspondentes, com funções assemelhadas (por exemplo, um secretário Executivo e Assessores) às desempenhadas pelo secretário da Presidência e pelos Assessores de Bancada de Câmara, a lei que desparifica os respectivos níveis de vencimento será inconstitucional.

Se tal fato ocorreu, para evitar a correção judicial da inconstitucionalidade, poderia a Câmara revogar a Lei indigitada, realinhando, de acordo com os níveis de remuneração dos cargos assemelhados do Executivo, os padrões de vencimentos dos seus próprios funcionários.

7. Observe-se que enquanto a regra do artigo 108, § 1º, estabelece o princípio da paridade, a do artigo 98 define os

padrões remuneratórios do Executivo como teto ou limite para os dos demais poderes.

Portanto, no exercício da competência que o próprio sistema constitucional lhe assina, está a Câmara de Vereadores adstrita à fiel observância dos preceitos assinalados: o da paridade (art. 108, § 1º) e o do teto ou limite (art. 98).

8. A segunda consulta formulada nos autos tem a ver com a obrigatoriedade, ou não, de o Executivo conceder aos servidores municipais, especialmente os submetidos ao regime da CLT, os chamados gatilhos salariais.

A questão, mais uma vez, tem a ver com a competência dos entes que compõem o modelo de Federação adotado pela Constituição Brasileira. Cada ente, União, Estados-Membros e Municípios, tem competência exclusiva para elaborar seu próprio Orçamento, fixando as estimativas da Receita e Despesas. Nesta última, se insere o montante a ser despendido com o pagamento de pessoal, competindo, portanto, a quem paga, observadas certas diretrizes, a fixação dos vencimentos, em níveis compatíveis com os recursos previstos.

9. Quando da implantação do chamado Plano Cruzado, todos os entes públicos e privados foram submetidos ao regramento inicial estabelecido no Decreto-Lei nº 2.084, não por terem perdido a competência que detinham, mas apenas porque o plano introduziu a reforma do padrão monetário vigente no País. Feita a adequação, a conversão dos vencimentos e salários ao novo padrão, esgotou-se o que era coercitivo, com pertinência à definição de salários e vencimentos. A conversão então realizada não excepcionou a competência constitucional das pessoas administrativas necessárias (União, Estados, e Municípios) para fixar salários e vencimentos, até porque não fixou salários nem

vencimentos. O que fez foi dizer quanto em cruzados (moeda nova) haveria de corresponder a cruzeiros (moeda afastada), impondo, ainda, abonos de correção.

10. Por isso, *exempli gratia*, se o Estado ou o Município, adotassem em lei estadual ou em lei municipal, conforme o caso, critérios de correção de vencimentos e salários, semelhantes ao "gatilho", deveriam cumpri-lo. Caso contrário, não tendo havido a recepção nos respectivos ordenamentos, poderiam eleger o critério de majoração que lhes parecesse mais adequado à realidade regional ou local.

Assim, se o Município de São Pedro do Sul não editou lei própria, acolhendo o "gatilho", não teria porque concedê-lo, a cada vez que fosse acionado no plano federal.

11. A terceira e última questão objeto da consulta diz com a situação dos servidores da Câmara, que não tem qualquer vinculação previdenciária. Esclarece o consulente que a previsão orçamentária para despesas médicas de tais servidores, embora não exista regulamentação para o respectivo pagamento. Pergunta-se, também, como proceder para que tais servidores adquiram vínculo empregatício e previdenciário.

12. Com pertinência ao vínculo empregatício a solução já existente e está clara no próprio ofício do Presidente da Câmara: Os servidores são titulares de cargo em comissão, de livre escolha e exoneração, mantendo com o Município vínculo institucional e estatutário. São funcionários públicos em sentido estrito, tal como os efetivos, de que se distinguem apenas porque a forma de provimento (comissionado) prescinde do concurso, sendo livre também a sua dispensa. A contratação de servidores, pelo regime de Consolidação das Leis do Trabalho, que ensejaria o vínculo empregatício, está vedada às Câmaras Municipais, nos termos do § 2º do artigo 108, da C.F.

13. De outra parte, a vinculação previdenciária dos servidores ao sistema previdenciário federal ou, mediante convênio, ao Instituto de Previdência do Estado, se impõe, em respeito às normas constitucionais incidentes sobre a espécie e que asseguram a todos os trabalhadores os direitos sociais prefigurados no artigo 165, da C.F. A ausência desta vinculação importa em arcar, diretamente, o Município, com o atendimento dos direitos previdenciários mínimos, cabendo-lhe regular, com urgência, a matéria, observadas as prescrições da Lei Orgânica da Previdência Social.

Sobre esta questão, aliás, esta Procuradoria-Geral pronunciou-se em reiteradas ocasiões, e, de modo exemplar, no Parecer nº 6546, de 12 de fevereiro de 1986, da lavra do Procurador do Estado Doutora RENITA MARIA HÜLLEN, publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Estado, v.16, nº 44, p. 122 a 127. Dito Parecer, junto por cópia, explícita com inexcusável clareza os problemas pertinentes ao regime previdenciário de servidores municipais, examinando as alternativas que se oferecem à Administração local, no trato da matéria.

É o Parecer, **sub censura**.

Porto alegre, 27 de abril de 1988.

