PARECERES

ESTABILIDADE — CARGO EM COMISSÃO

— A estabilidade de que trata o § 2.º do artigo 177, da Constituição Federal, não abrange os ocupantes de cargos em comissão.

CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA

Processo n.º 8.704/67

Parecer n.º 679-H

Autor: **Adroaldo Mesquita da Costa**

Consultor Geral da República

Discute-se, no presente processo, sôbre a aplicação da estabilidade, prevista no § 2.º do art. 177 da vigente Constituição Federal, aos ocupantes de cargos em comissão.

2. Trata-se, em concreto, da pretensão formulada por Agenor Barbosa de Almeida, no exercício do cargo em comissão de Vice-Presidente Executivo da Comissão Executiva do Sal, para o fim de lhe ser declarada a estabilidade constitucional.

3. A matéria foi apreciada pelos órgãos jurídicos do Instituto Brasileiro do Sal e Ministério da Indústria e Comércio, que opinaram favoràvelmente à solicitação.

4. Requeri a audiência prévia dos setores técnicos do Departamento Administratvo do Pessoal Civil (DASP) em cumprimento à Circular n.º 8, de 5 de maio de 1965, do Gabinete da Presidência da República.

5. Retorna, agora, o processo, devidamente instruído com Pareceres da Divisão de Regime Jurídico do Pessoal e da Consultoria Jurídica, cujas conclusões repelem, insofismàvelmente, o pedido em exame.

6. A douta Consultoria Jurídica, consoante manifestação do Dr. Cleníco da Silva Duarte, assere, na oportunidade, com inegável acêrto:

> "O pedido não encontra o mais leve amparo legal. É evidente que a Constituição Federal, ao atribuir estabilidade a servidores nas condições que especifica, não se poderia dirigir a titulares de cargos cujo provimento se faz ao nuto do nomeante.
>
> O alcance que se pretende dar à expressão — "servidores", ali empregada, tem uma elasticidade que se não compadece com a mens legis, para com os princípios administrativos e constitucionais que regem a espécie.
>
> Os cargos em comissão, por sua própria natureza, repelem a estabilidade do seu ocupante, pois que é condição do seu provimento a

demissão ad **libitum** do nomeante.

.....

A efetividade e consequente estabilidade em cargos de provimento em comissão é um absurdo, que, evidentemente, não se identifica com o espírito da carta política em exame. Como dizia JASON **apud** PAULA BAPTISTA. Compêndio de Hermenêutica Jurídica § 12, nota 1, "interpretatio illa sumenda, quae absurdum evitetur".

7. Assim também entendo. Não vejo como se possa declarar estável o funcionráio ocupante de cargo cuja investidura pressupõe estado transitório e precário, não se coadunando, por isso mesmo, com o princípio da efetividade.

8. Não se desconhece a liberalidade do legislador constituinte, de 1967, conforme afirmei em meu parecer n.º 529-H, **in Diário Oficial** de 20-7-67, muito mais ampla do que o 1946, por isso que fêz o benefício abranger, inclusive os servidores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, com exercício na Administração Pública, sem, porém, modificar o **status** jurídico de cada um.

9. Daí, entretanto, a entender-se como amparados aquêles que ocupam cargos em comissão parece-me constituir tese por demais ousada e destituída de qualquer fundamento jurídico.

10. Esta Consultoria Geral tem seguido uma tradição de raciocínio uniforme, a respeito da hipótese. O cargo em comissão, pela sua própria natureza, é incompatível com a noção de efetividade ou estabilidade.

11. Aliás, êsse entendimento resulta da própria regra estatutária que o exclui das disposições que tratam da estabilidade (§ 1.º do art. 82 da Lei n.º 1.711, de 28-10-52 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União).

12. Desta forma, estou de pleno acôrdo com a orientação do DASP, segundo a qual a estabilidade de que trata o § 2.º do art. 177 da Constituição Federal, não alcança os ocupantes de cargo em comissão, que desejam o benefício nestas condições.

É o meu parecer s. m. j.

Brasília, 7 de maio de 1968.

Adroaldo Mesquita da Costa

Consultor Geral da República

Aprovado em 17 de maio de 1967. (D. O. U. de 22-5-68, n.º 97 Seção I, Parte I, pág. 4110/11).

INCONSTITUCIONALIDADE — DIREITO DE EXECUÇÃO — RECURSO DE TERCEIROS PREJUDICADOS

— **Lei Federal. Inconstitucionalidade. Cabe ao Poder Executivo o direito de não executar lei que julgar inconstitucional e, aos particulares prejudicados com a não execução, o de requerer ao Judiciário a proteção que lhes adviria da lei não executada.**

CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA

Parecer H-184

Autor: **Dr. Adroaldo Mesquita da Costa,**

Consultor Geral da República

Submeteu o Excelentíssimo Senhor Presidente da República ao exame e parecer desta Consultoria-Geral a Exposição de Motivos n.º B-17, de 29 de abril do ano em curso, do Ministério da Viação e Obras Públicas.

2. Nesse expediente, o ilustre titular daquela Secretaria de Estado informa ter aprovado o Parecer n.º B-68-H/65, do Senhor Consultor Jurídico, em que êste focaliza a aplicação da Lei n.º 4.449, de 29-10-64, e conclui por sua inconstitucionalidade

3. Dada a relevância da matéria, sugeriu o ilustre Marechal Juarez Távora fôsse ela submetida ao crivo dêste órgão.

4. A fim de possibilitar uma visão panorâmica do problema, mister se faz sucinta exposição dos fatos. Êstes podem ser assim descritos:

5. A fim de integrar, na sistemática do serviço público, as quatro autarquias do Ministério da Viação e Obras Públicas, a saber, D. N. E. F. — Departamento Nacional de Estradas de Ferro — D. N. O. S. — Departamento Nacional de Obras e Saneamento — D. N. P. V. M. — Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis e D. N. O. C. S. — Departamento Nacional de Obras Contra as Sêcas, foi baixada, pelo Ministro, a Portaria n.º 386, de 17-8-1964, publicada no D. O. de 27 do mesmo mês, que criou Comissão para:

"1.º) Proceder aos estudos convenientes e propor as medidas e os atos que se fizerem necessários para ajustar os quadros e ta-

belas das autarquias à sistemática do plano de classificação de cargos dos servidores civis do Poder Executivo da União e

"2.º) Orientar e rever os trabalhos da Comissão designada em virtude da Portaria n.º 378, de 17 de agôsto de 1964, para examinar a situação do pessoal das autarquias, cujos Quadros de Pessoal foram alterados pela revisão de que trata o Decreto n.º 54.004, de 3 de junho de 1964, com o fim de assegurar, tendo em vista as normas gerais consubstanciadas no Decreto n.º 54.107, de 7 de agôsto de 1964, homogeneidade nas soluções que foram propostas".

6. Instalados os trabalhos e após meticuloso exame da tarefa a ser executada concluiu a Comissão que, por via legislativa, seria possível corrigir as anomalias encontradas naquelas quatro autarquias.

7. Em virtude disso, o titular daquele Ministério encaminhou ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, a Exposição de Motivos n.º 708, de 23 de setembro de 1964, na qual, historiando os fatos, demonstrou, à saciedade, que muitos dos decretos aprovados dos quadros de Pessoal dos órgãos que mencionou tinham, inclusive, ultrapassado, em muito, o que permitiam as leis institutivas das referidas autarquias. E concluiu: **verbis:**

"33. Nestas condições, êste Ministério elaborou o anteprojeto de Lei e Mensagem anexos, que tenho a honra de submeter à sua elevada apreciação, consubstanciando as medidas propostas.

34. Em face do significado administrativo do assunto e de suas repercussões sociais, permito-me sugerir que, no encaminhamento do projeto, seja invocado o parágrafo único do art. 4.º do Ato Institucional".

8. Atendendo às ponderações do ilustre Ministro, S. Exa., o Senhor Presidente da República, encaminhou ao Congresso Nacional o anteprojeto de lei que lhe havia sido proposto, o qual tomou o n.º 6, de 1964.

9. Nas duas Casas do Congresso foram apresentados vários substitutivos e inúmeras emendas, tendo, afinal, sido aprovado o substitutivo n.º 1, de autoria do ilustre Deputado Martins Rodrigues.

10. Subindo à sanção presidencial, o Chefe do Govêrno houve por bem vetar os dispositivos que haviam sido acrescidos ao projeto original, por entendê-los inconvenientes, administrativamente, e inconstitucionais. Na verdade, tais dispositivos, com a devida vênia, contrariam os princípios da normalidade administrativa e abandonam o sistema de concurso para cargos de carreira. E mais, aumenta a despesa, contrariando o determinado no Ato Institucional.

11. Apreciando as razões do veto, entendeu o Congresso de com elas não concordar, mantendo, apenas, o apôsto ao artigo 3.º, daquele diploma legal.

12. Em alentado e substancioso trabalho, o referido Ministério demonstra que o cumprimento integral da Lei n.º 4.449, de 1964, levará a Administração às seguintes contingências:

a) Ficam restabelecidos os cargos de Consultores Técnicos, Consultores Jurídicos e Assistentes Jurídicos, em Autarquias. Qual a função do Consultor Jurídico de um Órgão que possui uma Procuradoria Judicial, com um Procurador-Geral e um Subprocurador, e vários procuradores de 1.ª, 2.ª e 3.ª Categoria? Chegamos ao absurdo de, no Ministério da Viação e Obras Públicas, que congrega treze autarquias, haver um (1) Consultor Jurídico e aproximadamente seis (6) Assistentes Jurídicos. Há autarquias do M. V. O. P., como o D. N. O. S., por exemplo, que possui 2 Consultores Jurídicos, com vencimentos iguais aos do Consultor Jurídico do Ministério. O D4 N. F. terá, em seu Quadro, Assistentes Jurídicos, que nada terão o que fazer, pois já lá se encontram Procuradores. Acrescente-se que em autarquia não é possível existir Consultor Jurídico, conforme se vê da recentíssima decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, do Tribunal Pleno, ao julgar em Sessão de 7-12-64, conforme **Diário da Justiça** de 8-12-64, pág. 4.490, o Mandado de Segurança n.º 14.055, impetrado por Stela Carbia Vieira Bandeira de Mello Lôbo, tese consagrada também na Lei n.º 4.439, de 27-10-64, D. O. de 30-10-64.

b) o cargo de Consultor Técnico, equiparado em vencimentos ao do Consultor Jurídico do Ministério — e existem vários Consultores Técnicos em cada autarquia — também não se justifica. Por que Consultor Técnico em um órgão evidentemente Técnico como o D. N. E. F. e onde existem quase duzentos (200) engenheiros, tanto mais que nenhuma comprovação de experiência e capacidade dêles foi exigida?

c) Mantidos os cargos isolados, sem qualquer limite de vencimentos, como estipula a nova lei, vamos ter vencimentos nas quatro autarquias, **sòmente nas quatro autarquias**, repetimos, acima do fixado no nível 18, para cargos sem definição e atribuições específicas, o que é absurdo, intolerável e contraria frontalmente tôda a política do govêrno, contraria a Lei n.º 4.345, de 1964, que é lei geral sôbre vencimentos, contraria a Lei n.º 3.780, de 1960, que trata da classificação de servidores e contraria o Ato Institucional, quando proíbe o aumento de despesa sem que haja para isso iniciativa ou concordância do Poder Executivo.

d) A aplicação dessa esdrúxula lei acarretará um pagamento de atrasados da ordem de 92 milhões de cruzeiros, aproximadamente, sem considerar o aumento futuro e permanente.

e) O fato mais incoerente, porém, da lei aprovada pelo Congresso e que demonstra a flagrante injustiça, está no seguinte: Os Senhores Congressistas acolheram a proposta do govêrno no sentido de rebaixar a quase totalidade dos servidores de vencimentos mais modestos, recusando-a, porém, para os cargos mais bem remunerados e cuja escolha, de modo geral, não recaiu em funcionários da própria autarquia. Podem-se registrar, nesse exemplo patente do regime de desigualdade adotado pela Lei n.º 4.449, de 1964, contrário também a princípios constitucionais, os cargos de Consultor Jurídico, Assistente Jurídico, Consultor Técnico e todos os demais cargos isolados de provimento efetivo.

13. Ressaltou, ainda, que a tantas vêzes citada Lei n.º 4.449, de 1964, mantêm cargos de engenheiros com vencimentos correspondentes ao símbolo em comissão 4-C, quando a Lei n.º 4.345/64, ao tratar do assunto, fixou em níveis êsses mesmos vencimentos.

14. Por outro lado, a aplicação do § 3.º do artigo 1.º, inutilizará todo o esfôrço do Govêrno no sentido de revigorar o sistema de concurso, previsto, aliás, na própria Constituição Federal, eis que tal dispositivo determina a efetivação de interinos.

15. Em conclusão, entende o Ministério da Viação e Obras Públicas, que os artigos e parágrafos da Lei n.º 4.449/64, cujos vetos foram rejeitados e estão publicados no Diário Oficial de 1 de abril do corrente ano,

"... pelos próprios motivos constantes das razões do veto encaminhadas ao Congresso Nacional, são inconstitucionais e inconvenientes",

uma vez que contrariam o art. 5.º do ato institucional e artigo 186 da Carta Magna.

16. Alvitraram-se duas soluções

no expediente encaminhado ao exame desta Consultoria Geral: ou processar-se a declaração de inconstitucionalidade da lei, ou simplesmente não se lhe dar cumprimento, por inconstitucional.

17. Quanto ao primeiro alvitre — o de processar-se a declaração de inconstitucionalidade da lei — quero esclarecer que, em nossa sistemática processual e constitucional, não existe o processo de representação contra lei federal. (Recurso extraordinário n.º 55.718, de S. Paulo. Acórdão unânime de 26 de novembro de 1964). Se existisse, quando o Executivo tivesse dúvidas quanto à constitucionalidade de determinada norma, apresentaria, através do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, a competente argüição e surgiria daí a palavra definitiva do órgão competente.

18. Nesta oportunidade, permito-me lembrar ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República a necessidade de se estudar a possibilidade de emenda constitucional, para que se estenda, também às leis federais, o processo de representação, tal como prevista para hipótese de leis estaduais (Lei n.º 4.337, de 1.º de junho de 1964), já que outro remédio inexiste para salvaguarda do ponto de vista do Poder Executivo.

19. A outra solução alvitrada neste expediente é o de se não dar cumprimento à lei, por sua manifesta inconstitucionalidade.

20. Reconheço, **data venia** do ilustre Deputado Martins Rodrigues, autor do Substitutivo, que êste desvirtuou a proposição governamental, ao aumentar a despesa e efetivar interinos.

Ao **aumentar a despesa**, na verdade, o art. 1.º § 1.º e o art. 2.º e seu parágrafo único, da Lei n.º 4.449, de 29 de outubro de 1964, violaram, frontalmente, o art. 5.º do Ato Institucional e, ao **efetivar interinos, ocupantes de cargos de carreira**, o art. 1.º § 3.º violou, por sua vez, inequivocamente, o art. 186 da Constituição Federal.

21. Quando emiti o Ofício-Parecer n.º H-021, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República e publicado no Diário Oficial de 22-6-1964, propugnei pelo cumprimento de lei, ainda que inconstitucional, até que o Poder Judiciário lhe proclamasse a inconstitucionalidade. E, no Parecer n.º H-166, também aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República e publicado no Diário Oficial de 26 de abril último, mantive a opinião anteriormente expedida e acrescentei:

> "Naturalmente, tal atitude não importa em ação passiva perante os textos reconhecidamente contrários à Lei Fundamental, no sentido de mantê-los e cumpri-los eternamente, sem a iniciativa da provocação de sua inconstitucionalidade".

22. Hoje, após exame mais acurado do assunto, convenci-me de que não esposei a melhor doutrina. E, acreditando acertar, mudo de opinião, sem nenhum constrangimento, recordando Alexandre Herculano, quando, em acérrima polêmica, ao retificar conceito anteriormente emitido, asseriu esta profunda verdade, reveladora da falibilidade do julgamento humano: "Só não muda de opinião, quem opinião não tem".

Manoel de Oliveira Lima, a seu turno, no seu nunca assaz louvado "D. João VI", escreveu: "A inconstância nem sempre é fraqueza e a incoerência muitas vêzes é inteligência".

23. Hely Lopes Meirelles, em seu apreciado "Direito Municipal Brasileiro", vol. II, págs. 514/515, escreveu:

> **"O cumprimento de leis inconstitucionais** tem suscitado dúvidas e perplexidade na doutrina e na jurisprudência, mas vem se firmando o entendimento a nosso ver exato — de que o Executivo não é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hieràrquicamente superiores.
>
> Os Estados de Direito, como o nosso, são dominados pelo princípio da legalidade. Isto significa que a Administração e os administrados só se subordinam à vontade da lei, mas da lei corretamente elaborada. Ora, as leis inconstitucionais não são normas jurídicas atendíveis, pela evidente razão de que colidem com mandamento de uma lei superior, que é a Constituição. Entre o mandamento da lei ordinária e o da Constituição deve ser atendido o desta e não o daquela, que lhe é subordinada. Quem descumpre lei inconstitucional não comete ilegalidade, porque está cumprindo a Constituição".

24. No recurso de mandado de segurança n.º 7.243, de 20/1/60, de que foi relator o eminente Ministro Luiz Gallotti, foi decidido unânimemente:

> "Os Podêres Legislativo e Executivo podem anular seus próprios atos, quando os considerem inconstitucionais. Entretanto, a palavra derradeira a respeito, caberá ao Poder Judiciário".

25. Caio Tácito, de marcante atuação, quando de sua brilhante passagem por esta Consultoria, em comentário a êsse luminoso acórdão, escreveu na Revista de Direito Administrativo, vol. 59, pág. 344:

> "A compreensão de que o exame da constitucionalidade das leis não é monopólio do Poder Judiciário (embora sujeito a seu contrôle final) tem, pelo menos, dois precedentes respeitáveis na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:
>
> I) Em acórdão relatado pelo ilustre Ministro Nélson Hungria, a unanimidade do Tribunal Pleno manteve o decreto do então Prefeito Jânio Quadros que declarou nulos e sem efeito, tendo em vista a inconstitucionalidade das leis estaduais em que se fundavam, atos administrativos que beneficiavam certos funcionários (Recurso de mandado de segurança n.º 2.497, **in** Revista de Direito Administrativo, volume 42 — página 230);
>
> II) Em acórdão, também unânime, relatado pelo ilustre Ministro Cândido Mota, o Tribunal Pleno manteve a recusa do Governador do Estado da Paraíba em executar a Lei estadual n.º 1.551, por entendê-la inconstitucional (Recurso de mandado de segurança n.º 4.211, **in** Revistra Trimestral da Jurisprudência — volume 2 — página 386)".

26. A seu turno, a Egrégia Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão unânime de 18 de agôsto de 1961, prolatado no "Agravo de Petição n.º 110.031", reafirmou a mesma tese, com êstes conceitos lapidares:

> "Se o ato legislativo não contraria a Constituição, êle não pode ser considerado ilegal, porque revoga qualquer lei anterior que se lhe contraponha. Se, ao contrário, êle é inconstitucional, é nulo e não pode, por si só, ferir direitos particulares. Neste último caso, nada impede que a autoridade administrativa, reconhecendo-lhe a inconstitucionalidade, deixe de aplicá-lo. Se isso ocorrer, não haverá necessidade do mandado de segurança para proteção do direito que por êle seria violado. Se a autoridade administrativa não lhe reconhecer a inconstitucionalidade e quiser aplicá-lo, caberá então o mandado de segurança, não porém contra o Legislativo, e sim contra a Administração (obra citada, pág. 124). Portanto, quando a autoridade administrativa entende que a lei que lhe incumbe executar é inconstitucional, o remédio está em não executá-la por êsse motivo, declarando-o expressamente; o Executivo é o órgão de execução, incumbido de movimentar a máquina administrativa do Estado; cabe-lhe o direito de administrar com os olhos voltados para a Constituição e para as leis que não tenham o vício da inconstitucionalidade; assim como o magis-

trado deixa de aplicar a lei inconstitucional e o Legislativo deixa de votar as proposições do Executivo, que entenda serem ofensivas do texto constitucional, também o Executivo tem o direito e a obrigação de não dar cumprimento a leis que entenda estarem viciadas de inconstitucionalidade. Como ensina Buzaid, "Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que tôda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no bêrço, fere-a **ab initio**. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. — Não teve, pois, nenhum único momento de validade" **apud**, "Da ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito **Brasileiro", pág. 128, pelo que**, embora "executórias" não são "obrigatórias" (pág. 132), sendo exato que "O Poder Judiciário não modifique o estado da lei, considerando nulo o que inicialmente era válido. Limita-se a declarar a invalidade da lei, isto é, declara-a nati-morta" (pág. 132). — E a autoridade administrativa pode, ainda, provocar a manifestação do Procurador-Geral da República, se entender que a inconstitucionalidade infrinja algum dos preceitos assegurados no art. 7.º, do inciso VII, da Constituição Federal (art. 1.º da Lei n.º 2.271, de 22-7-1954). — E êsse entendimento, além de resultar do compromisso que chefes do Executivo prestam, segundo o qual prometem "manter, defender e cumprir a Constituição da República, observar as suas leis" (art. 83, § único, da Constituição Federal), tem recebido o sufrágio do mais alto intérprete da Constituição, em acórdãos onde foi sufragada a tese de que o exame da constitucionalidade das leis não é monopólio do Poder Judiciário, embora sujeito a seu contrôle final (Rev. Dir. Adm. n.º 42/230: Rev. Trim. de Jurisp. Vol. 2/386). — Como bem observou o Sr. Ministro Cândido Mota Filho, "o zêlo pela intangibilidade do regime não é, por certo, privilégio do Judiciário, uma vez que todos os Podêres da República são guardas da Constituição (Rev. Trim. de Jur. vol. 3/760). — E a mais recente das manifestações do Supremo Tribunal Federal se encontra na Rev. Dir. Adm. vol. 59/338, onde se acha também substancioso comentário do Prof. Caio Tácito, no sentido de que, "no regime de separação de Podêres, incumbe a cada um dos órgãos constitucionais o exercício de atribuições próprias e definidas. Tal discriminação de competência envolve tanto a faculdade de praticar determinados atos, como ainda, correlatamente, a de rever as suas próprias decisões". — Nem se compreende, mesmo, que o Chefe do Executivo fôsse dar cumprimento a uma lei inconstitucional, cumprimento de efeitos às vêzes irremediáveis, para aguardar manifestação demorada pela via judiciária; e não precisa dar cumprimento porque "uma lei inconstitucional não é lei, nem poderia ser, jamais, como tal considerada. Ela era o que é e continuará, isto é, coisa nenhuma em Direito, antes e depois da declaração de inconstitucionalidade" (Francisco Campos. Direito Constitucional, vol. I/440). Por todo o exposto, se o impetrante e ora recorrente, entende que a lei é inconstitucional, cabe-lhe o direito de não executá-la; e, aos particulares prejudicados com a não execução, cabe o direito de pleitearem ao Judiciário a proteção que lhes adviria da lei não executada, desde que entendem que não padece ela do vício da inconstitucionalidade".

27. Finalmente, vemos triunfante a mesma tese, no acórdão de 7 de dezembro de 1962, do Egrégio Supremo Tribunal Federal — Representação n.º 542, do Rio Grande do Norte — publicado no Diário Oficial de 26 de setembro de 1963, págs. 910/911, relatado pelo eminente Ministro Pedro Chaves.

Dêle quero transcrever êste judicioso asserto:

> "O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis e uma imposição do federalismo, não precisamente para garantia da superioridade hierárquica da Constituição e das leis federais, supremacia que só existe em razão do conteúdo, observadas as normas das competências e que se resume pura e simplesmente no princípio da constitucionalidade, mas para a salvaguarda dos princípios que regem as relações entre o Estado Federal e os Estados-Membros e dêstes entre si, contrôle que serve também de freio para as entidades de direito público e ação delas incidentes sôbre a série de direitos assegurados coletiva e individualmente aos cidadãos.
>
> Entre nós, o órgão controlador é o Poder Judiciário em cuja cúpula se encontra o Supremo Tribunal Federal. Entretanto, a atividade peculiar do Poder Judiciário não lhe confere a privatividade de zelar pela Constituição e as leis e de nelas pautar a sua atuação, **pois o dever de acatamento às diretrizes constitucionais é de todos os Podêres do Estado**", (grifei).

E mais adiante:

> "Já deixei assentado como princípio que o dever de zelar pela constitucionalidade das leis é impôsto pela Constituição a todos os podêres e não constitui obrigação exclusiva do Poder Judiciário. Daí **decorre a meu ver que a nenhum dos Podêres se pode impor a obrigação de aplicar leis inconstitucionais, mesmo antes de haver o Senado suspendido sua execução por fôrça de decisão definitiva do Supremo Tribunal. Foi o que ocorreu na espécie**.
>
> ... O direito de suspender a execução de leis inconstitucionais para exame, não tem sido desconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como se vê do julgamento do recurso de mandado de segurança número 5.860, de que foi relator o eminente Sr. Ministro Villas Boas".

28. Hoje, a tese de que o Poder Executivo pode e deve negar cumprimento a leis que julgar inconstitucionais é francamente vitoriosa, a tal ponto que o Substitutivo à Proposta de Reforma total da Constituição do Estado de São Paulo já dispõe no

> "Art. 31. Compete privativamente ao Governador:
>
> XXII — negar cumprimento às leis estaduais que considerar inconstitucionais, comunicando a recusa ao Procurador-Geral da Justiça, a fim de que represente ao Tribunal de Justiça, nos têrmos e para fins do art. 42, n.º I, letra "e".

29. Ao alistar-me nas fileiras dos que sustentam a tese aqui esposada, recordo as palavras de Cícero nas **Philípicas** XII, 2,5:

> **Cujus vis hominis est errare, nullius, nisio insipientis, in errore perseverare.**

Sub censura.

Brasília, 7 de maio de 1965.

Adroaldo Mesquita da Costa

Consultor-Geral da República

NOTAS: 1 — O Exmo. Sr. Presidente da República exarou o seguinte despacho: "Aprovo. Em 20 de maio de 1965". Publicado na íntegra no D. O. de 22 de junho de 1965, pág. 5.815/18.

2 — O Egrégio Supremo Tribunal Federal, na sessão de 30 de novembro de 1966, por decisão unânime, denegou — com fundamento na doutrina exposta neste parecer, a segurança requerida no mandado n.º 16.003.

sitivo que não tenha ainda integrado o ordenamento jurídico.

19. É verdade que a Lei Maior fixou a data limite para a integração das condições requeridas (24-1-67). Mas, só a partir de sua vigência (15-3-67) nasceu o direito daquele que as preenchessem. No espaço entre 24 de janeiro a 15 de março — **vacatio legis** — não se pode exigir o cumprimento da norma, pois ainda não estava vigente.

20. O Departamento Administrativo do Pessoal Civil ofereceu parecer neste processo, sôbre a matéria em lide, através de sua Divisão de Regime Jurídico e de sua Consultoria Jurídica, cujas conclusões se amoldam à opinião ora emitida por êste órgão.

21. O parecer da Consultoria Jurídica, da lavra do Dr. Cienício da Silva Duarte, assere, com inegável acêrto:

> "Relativamente aos primeiros como funcionários públicos que são, a estabilidade acarreta a consequente efetividade, mantendo-se, pois, nos cargos efetivos. Quanto aos outros, cujo regime de emprêgo se disciplina pela legislação trabalhista, a estabilidade que, então, adquiriram, não lhes afeta, entretanto, essa situação jurídica, com o que se não altera a sua categoria, o que significa que não passam à condição de funcionários públicos. Ao contrário, permanecem como empregados trabalhistas, apenas diminuindo o prazo de aquisição de estabilidade, que, ao invés de dez anos, se reduziu para cinco, aplicando-se-lhe tôdas as garantias legais decorrentes dessa estabilidade".

E mais adiante afirma:

"... A referência à promulgação do texto constitucional tem em vista a fixação da data em que o prazo deve ser cumprido, mas é curial que, antes de sua entrada em vigor, não haveria como invocar-se direito adquirido, pois, na **vacatio legis** as disposições da lei nova que beneficiam não constituem ainda direito, mas mera expectativa dêste, podendo os pressupostos legais de aplicação futura serem desconstituídos antes daquela vigência, sem que se possa invocar ofensa a direito, pois que êste ainda não integrara o patrimônio do beneficiário".

22. Estou de pleno acôrdo com êsse entendimento, motivo pelo qual sou de parecer que as nomeações em causa não podem se efetivar, em substituição aos interinos que estejam amparados pelo mencionado dispositivo constitucional.

23. Nestas condições, há necessidade de exame da situação de cada interino face às exigências do preceito da Constituição, no intuito de se averiguar quais os que têm condições de ser estabilizados. Aos que não preencham os requisitos, a medida aplicável será a consequente exoneração, para que se permita nomear os candidatos habilitados no concurso respectivo, observada a ordem rigorosa de classificação.

Sub censura.

BRASÍLIA, 27 de junho de 1967

ACUMULAÇÃO DE CARGOS E FUNÇÕES — CORRELAÇÃO DE MATÉRIAS — COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS

— Permitidas tão-sòmente são as acumulações remuneradas previstas em lei, por império do que estabelece a Constituição Federal, sendo que fora daí nenhuma acumulação é possível, à vista da extensão restritiva abrangida pela norma constitucional.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Parecer n.º 1698/67

Autor: José Sizenando Jayme

Procurador do Estado

1. A SECRETARIA DA FAZENDA, através do ofício de fls. 2/3 do processo, pede um pronunciamento do P. G. E. sôbre acumulações de cargos públicos, bem como sôbre a obrigatoriedade ou não do emprêgo da palavra **cumulativamente** no decreto concessivo da acumulação.

2. Vamos abordar o assunto primeiro quanto ao seu aspecto constitucional ou legal e, logo a seguir, responderemos aos casos concretos apontados pela consulente.

3. A Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967 disciplinou a acumulação remunerada de cargos públicos, de maneira direta no artigo 97 e seus §§ (inclusive quanto à percepção acumulada de vencimento e provento), e, de modo indireto, a acumulação de cargos e funções públicas temporárias, eletivas ou não, através dos artigos 36, item I, alínea **b** e item II, alíneas **b** e **c**, 37, item I, 38 e § 2.º e nos §§ 3.º, 4.º, 5.º e 6.º **(in fine)** do artigo 94, no artigo 102 e seus §§ 1.º e 2.º, no item 1 do artigo 109, combinado com os artigos 124, 126 e 128 (com remuneração, ou sem esta).

4. **Disciplina constitucional direta das acumulações de cargos públicos:**

Estatui a Carta Magna da Nação, em seu artigo 97 e respectivos parágrafos:

"Art. 97 — É vedada a acumulação remunerada, exceto:
I — a de juiz e um cargo de professor;

II — a de dois cargos de professor;

III — a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

IV — a de dois cargos privativos de médico.

§ 1.º — Em qualquer dos ca-

sos a acumulação sòmente é permitida quando haja correlação de matérias e compatibilidade de horarios.

§ 2.º — A proibição de acumular se estende a cargos, funções ou emprêgos em autarquias, emprêsas públicas e sociedades de economia mista.

§ 3.º — A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, cargo em comissão ou ao contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados".

Apenas aparentemente a Constituição de 1967 aumentou a faixa de cargos acumuláveis, quando permite a acumulação remunerada de "dois cargos privativos de médico" (Item IV do art. 97). O § 1.º do mesmo artigo, ao fazer uso da expressão **em qualquer dos casos** (referindo-se a acumulações remuneradas permitidas), na verdade restringiu, extraordinàriamente, os casos de acumulações de cargos, o que constitui, à evidência, acentuação da **mens restrigenda**, em relação ao que estabelecia a Constituição de 1946 sôbre a matéria (Art. 185).

Dentro dessa interpretação restritiva da liberalidade constitucional (acumulação de cargos), apenas o professor e o médico podem acumular remuneradamente dois cargos públicos:

a) — o mestre pode investir-se em dois cargos de magistério, desde que haja correlação de matérias e compatibilidade de horário;

b) — o mestre pode exercer, concomitantemente, um cargo de professor com outro de magistrado (juiz), idem, idem;

c) — o mestre pode ocupar um cargo de professor, acumulado com outro de natureza técnica, idem, idem;

d) — o mestre pode ocupar um cargo de magistério e mais outro de natureza científica, idem, idém;

e) — finalmente, o doutor em medicina poderá ocupar um cargo privativo de médico, cumulativamente com outro da mesma espécie, idem, idem.

Ressalta, para logo, que ao professor foi dada faixa maior de acumulação do que ao médico.

Passando a casos concretos, entendemos, salvo melhor juízo, o seguinte:

I) — É permitida a acumulação de um cargo de magistério superior com outro do magistério secundário; de dois cargos do magistério superior; de dois cargos do magistério secundário. Basta que haja sempre compatibilidade de horário e correlação de materias. Assim, por exemplo, o Professor de Direito Administrativo de escola superior estatal poderá ocupar também o cargo de Professor de Organização Social e Politica Brasileira (ensino médio). O Professor Universitário de Direito Penal poderá ocupar duas cadeiras (dois cargos) dessa disciplina, ou uma de Direito Penal com outra de Processo Penal (também cadeira). O professor de grau médio poderá ocupar, evidentemente, duas cátedras de Matemática, ou duas cátedras de Física, ou duas de Português. Pode ocupar uma de Física com outra de Química; uma de Biologia com outra de Ciências Físicas e Naturais; uma de Física com outra de Ciências Físicas e Naturais, etc. Em todos êsses casos, há evidente correlação de matérias, sendo pois permissível a acumulação de dois cargos públicos, ambos remunerados, desde que ocorra também compatibilidade de horário para o desempenho de ambos. Não será possível, porém, a acumulação de cargo de professor do ensino médio com outro do ensino primário, porquanto não se pode estabelecer nenhuma correlação de matéria entre os dois cargos. O professor primário não ministra especificamente uma cadeira, uma disciplina. Alfabetiza ou ministra aos discípulos apenas conhecimentos gerais. Dêle se exige, tão-só preparo pedagógico para o exercício do cargo. O professor primário recebe uma classe de alunos, aos quais ensina rudimentos de português, de aritmética, de desenho, de educação moral e cívica, de conhecimentos gerais, etc... Onde, pois, a correlação de matéria, para efeito de acumulação de cargos? Dentro da mesma linha de argumentação, entendemos ser possível acumular um cargo universitário de professor de Português com outro secundário, também de Português, um cargo acadêmico de professor de Psicologia Educacional com outro do ensino médio da mesma disciplina. Numerosas outras possibilidades de acumulação de dois cargos de professor podem ocorrer. Havendo qualquer dúvida, cumpre à Administração do Estado, antes de mais nada, esclarecer prèviamente a matéria, através de consulta à P. G. E., pois prevenir é melhor que corrigir.

II) — O magistrado (juiz) pode exercer, cumulativa e remuneradamente, cargo de magistério secundário ou superior, observado sempre o princípio restritivo do § do artigo 97. Isto posto, o juiz pode perfeitamente lecionar a cadeira de Organização Social e Política Brasileira num ginásio oficial. Esta, talvez, seja a única disciplina, que poderá exercer, cumulativamente, no ensino médio. Entretanto, em faculdade de direito, nada impede o seu provimento em qualquer das cátedras, já que tôdas mantêm **correlação de matéria** com o cargo de magistratura, pois o juiz não só estudou tôdas as disciplinas do currículo de uma faculdade de direito, quando se diplomou como bacharel em **ciências jurídicas e sociais**, como ainda no exercício da magistratura, julgará no juízo cível, criminal, trabalhista, eleitoral etc., usando conhecimentos especializados adquiridos na universidade. Porém, o magistrado, pelo exercício de cargo de magistério, sujeita-se ao Poder Executivo. A Constituição aboliu a vitaliciedade dos professôres e também a sua irremovibilidade. Hoje, os professôres apenas se efetivam via de concurso. Havendo a acumulação (juiz + professor), o juiz é irremovível e o professor não. Como conciliar a acumulacão se o professor, que também é juiz, fôr removido? Êsse tipo de acumulação, embora constitucional, não contribui, evidentemente, para a integridade moral do magistrado, face ao Poder Executivo, ao qual se torna subordinado, por efeito da acumulação.

III) — O professor pode acumular seu cargo com outro que seja técnico ou científico. O simples fato de determinado cargo ser considerado ou classificado como **técnico** ou **científico** não lhe confere os atributos essenciais de tecnicidade e nem lhe infunde o carisma da ciência.

A proposito, cumpre aqui transcrever o que entende a Administração por cargo técnico ou científico. O Decreto Federal n.º 35.956, de 2 de agôsto de 1954, que regulamentou os artigos 188 a 193 da Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, esclarece:

"Art. 3.º — Cargo técnico ou científico é aquêle para cujo exercício seja indispensável e predominante a aplicação de conhecimentos científicos ou artísticos de nível superior de ensino.

"Art. 5.º — A simples denominação de "Técnico" ou "Científico" não caracteriza como tal o cargo que não satisfazer as condições do artigo 3.º.

Parágrafo único — As atribuições do cargo, para efeito de reconhecimento de seu caráter técnico ou científico, serão consideradas na forma dos §§ 1.º e 2.º do art. 8.º.

Art. 8.º — .....

§ 1.º — Tal relação não se haverá por p r e s u m i d a, mas terá de ficar provada mediante consulta e dados objetivos, tais como os programas de ensino, no caso de cargo de magistério, e as atribuições legais, regulamentares ou regimentais do cargo, no caso de cargo técnico ou científico.

§ 2.º — Nesta última hipótese, a ausência de disposições legais, regulamentares ou regimentais, poderá ser suprida com informações objetivos da autoridade competente sôbre as atribuições do funcionário, considerados sempre a natureza do cargo desempenhado e o disposto no § 3.º do art. 7.º da Lei n.º 1.711, de 28 outubro de 1952."

Na falta de legislação estadual, regulamentando o assunto, é de se aplicar subsidiàriamente a legislação federal pertinente, a jurisprudência firmada pelo D. A. S. P. ou pela Consultoria Geral da República e, ainda, a doutrina consagrada nos arestos do Supremo Tribunal Federal.

Em Goiás, nos seus quadros de pessoal, há cargos técnicos e científicos, que o são apenas na nomenclatura... Há funcionários efetivos, ocupando cargos técnicos ou científicos, sem que possuem, para tanto, os conhecimentos especializados, científicos ou artísticos, de nível superir. São simples burocratas. Há, pelo reverso, cargos intrìnsecamente técnicos ou científicos, que não estão relacionados como tal, e cujos ocupantes, na prática, exercem funções técnicas ou científicas.

A melhor norma da administração, em tais casos, será sempre esclarecer a matéria, quando o problema se apresentar objetivamente, e antes de permitir a acumulação de cargos. **Ad cautelam** impende ouvir de antemão a Procuradoria Geral do Estado.

Passando ao lado prático do problema, entendemos ser cabível a acumulação de um cargo de Sociólogo com outro de Professor de Sociologia; o de Promotor de Justiça como outro de magistério universitário, em cadeira de Direito Penal, não podendo, porém, acumular cargo de ensino médio; o de Procurador do Estado, com outro de nível de ensino superior, menos de Direito Penal e Processual Penal; o de Médico com outro de Professor, em faculdade de Medicina, ou com o de Professor de Medicina Legal, em faculdade de direito, ou ainda com o de Professor de Biologia, Química ou Física, em curso médio; o de Engenheiro, com o de Professor de Desenho ou de Matemática em curso decundário; etc. etc.

IV) — O doutor em medicina pode acumular dois cargos **privativos de médico**. Trata-se de inovação constitucional. Entretanto, nem aqui deixa de existir a obrigatoriedade, da correlação de matérias e compatibilidade de horários. Assim sendo, é possível a acumulação de um cargo de Médico Pediatra com outro igual; um cargo de Oftalmologista com outro idêntico; de dois cargos de Médico cirurgião; de dois cargos de Médico neurologista; de 2 cargos de Médico Psiquiatra; etc. etc.. Fora dessa orientação, entendemos que qualquer acumulação de dois cargos de diferentes especializações profissionais, no campo da medicina, é inconstitucional.

O § 2.º do artigo 97 da Carta Magna da Nação estende as normas restritivas de acumulação de cargos públicos às autarquias (como por exemplo, entre nós, D. E. S., DERGO, SUPLAN, IPASGO, DETELCO, IDAGO), às emprêsas públicas (CELG e CONSÓRCIO RODOVIÁRIO, tìpicamente estatais) e às sociedades de economia mista (IQUEGO, COSEGO, Banco do Estado). A acumulação de um cargo dêsses organismos com outro da Administração centralizada deve obedecer à **mens restrigenda** do item III do artigo 97, combinado com o § 1.º do mesmo artigo, exarados em nossa Lei Maior. Será difícil apresentar-se a possibilidade de acumulação de cargo de autarquia, emprêsa estatal, ou de sociedade de economia mista, com outro da Administração centralizada, nos casos cuja disciplina se fêz através dos itens I, II, e IV do artigo 97 da Constituição Federal.

O § 3.º do artigo 97 da Constituição Federal permite ao funcionário aposentado acumular os proventos de sua inatividade: com subsídios, decorrentes do exercício de mandato eletivo (Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador, Senador, Deputado Federal e Estadual, Vereador de Capitais e cidades de mais de cem mil habitantes); com vencimento de cargo em comissão (Ministro e Secretário de Estado, entre outros); e com salários contratuais, pela prestação de serviços técnicos ou especializados. A providência legal em questão é extensiva aos militares reformados e aos da reserva remunerada. Trata-se, como se vê, de inovação constitucional, inexistente na Carta Magna de 1946. Nessa condição privilegiada estão o Excelentíssimo Presidente da República (marechal reformado), o Vice-Presidente (professor aposentado), o Secretário de Viação e Obras Públicas do Estado (general reformado), os quais podem perceber, além dos proventos, o vencimento do cargo que ora exercem, os dois primeiros mandatos eletivos e o último cargo em comissão. Aliás, a liberalidade constitucional é muito equânime, pois os proventos constituem prêmio por ser-

viço já prestado. É de justiça, pois, galardoar novamente o servidor reformado ou oposentado, que outra vez é chamado a servir à causa pública, seja pela vontade popular, seja pelo seu notável saber, capacidade profissional, técnica ou científica.

Dentro dessa linha de interpretação, a nosso ver, nada impede que o servidor civil ou militar, inativo, acumule provento com subsídio de mandato eletivo, com vencimento de cargo em comissão, ou com salário contratual pela prestação de serviços técnicos ou especializados, intrìnsecamente ligados aos conhecimentos científicos ou artísticos, hauridos nos bancos da universidade, serviços êsses que, na verdade e de fato constituem aplicação dos referidos conhecimentos de nível superior. Assim sendo, um professor de Português aposentado pode ser contratado para escrever uma gramática para uso das escolas secundárias do Estado; um engenheiro inativo pode firmar contrato para a realização de serviço de sua especialização; um médico sanitarista aposentado poderá realizar, sob contrato, serviço de erradicação da malária. E assim por diante. Entretanto, **ad cautelam,** contratos dessa natureza devem conter a chancela prévia da Procuradoria Geral do Estado, a fim de dirimir possíveis dúvidas de interpretação constitucional.

5. **Disciplina constitucional indireta das acumulações de cargos e funções públicas temporárias, eletivas ou não, com remuneração ou sem esta.**

O artigo 36 da Constituição, no item I, alínea **b**, no item II, alíneas **b** e **c** veda aos senadores e deputados federais. e por extensão aos deputados estaduais (Art. 188), aceitar, ocupar e exercer cargo, função ou emprêgo remunerado da União, Estados ou Municípios, de suas autarquias, emprêsas públicas e sociedades de economia mista, ou ainda de emprêsas concessionárias de serviço público. Em se tratando de funcionário da Administração centralizada, ocupante efetivo de cargo público, não poderá receber cumulativamente vencimento e subsídio. Terá de optar. Sendo funcionário demissível **ad nutum** deverá exonerar-se do cargo, para exercer o mandato eletivo. A desobediência, nos casos apontados, isto é, a permanência da acumulação proibida, seja de cargos ou funções, seja de remuneração, é punida com a perda do mandato eletivo. (Item I do artigo 37).

Já o artigo 38 (caput) e seu § 2.º dizem que não perde o mandato o parlamentar investido na função de Ministro de Estado. Interventor Federal, Secretário de Estado ou Prefeito de Capital, e o deputado ou senador que estiver desempenhando missões temporárias, diplomáticas ou culturais. É claro que, no primeiro caso, a opção entre vencimento e subsídio é obrigatória, podendo ser percebida tão sòmente a gratificação de representação das funções de Ministro de Estado etc. etc. No segundo caso, a nosso ver, não haveria opção a fazer, visto que as missões temporárias, de caráter diplomático ou cultural, não dão direito a vencimento algum, mas sim, a diárias, ajuda de custo e gratificação de representação. O deputado, investido na função de Secretário de Estado, passa a exercer apenas a segunda. Afasta-se do desempenho do mandato eletivo. Não acumula subsídios com vencimentos do cargo em comissão de Secretário. Quando do desempenho de missão diplomática temporária, não acontece o mesmo, pois o deputado, embora licenciado, continua percebendo os subsídios, pois não há, na missão diplomática, vencimento algum a receber.

Os §§ 3.º, 4.º e 5.º do artigo 94 determinam quanto aos militares da ativa: transferência para a reserva, remunerado, ou não, do militar que vier a aceitar o cargo público permanente, estranho à sua carreira; agregação, até o máximo de dois anos, para o desempenho de cargo público civil não eletivo, quer da Administração centralizada, quer de autarquia, emprêsa pública ou sociedade de economia mista. Depois de dois anos, contínuos ou não, perdurando o afastamento da vida militar, será transferido para a reserva, remunerada ou não, ou será reformado. No desempenho de mandato eletivo, salvo melhor juízo, a agregação deverá ser pelo prazo do mandato. Em todos os casos, porém, terá o militar da ativa que fazer opção entre os vencimentos e vantagens do seu pôsto e os vencimentos do cargo temporário, ou entre aquêles e os subsídios do mandato eletivo. Não poderá acumular remunerações, em hipótese alguma.

Já o § 6.º **(in fine)**, do artigo 94, permite aos militares da reserva remunerada, ou aos reformados, acumularem provento com subsídios de mandato eletico, ou com vencimento de cargo em comissão, ou ainda com salário contratual, pela prestação de serviços técnicos ou especializados. Neste aspecto, aplica-se aos militares da reserva remunerada e aos reformados, os favores do § 3.º, do artigo 97 da Constituição.

O artigo 102 e seus §§ 1.º e 2.º estabelecem as normas que devem presidir os casos de funcionário público, efetivo, investido de mandato popular. O funcionário deverá afastar-se do cargo e optar entre vencimento e subsídio (Art. 188) e a lei ordinária, federal ou estadual, poderá estabelecer outros impedimentos para o funcionário candidato, diplomado ou no exercício de mandato eletivo (senador, deputados federais e estaduais, vereadores e prefeitos municipais).

O item I do artigo 109 veda peremptòriamente ao juiz, mesmo em disponibilidade, exercer qualquer outra função pública, salvo cargo de magistério, cuja acumulação está regulada no artigo 97. A desobediência à lei importará na perda do cargo judiciário. (Art. 109, **caput**).

Entretanto, os artigos 124, 126 e 128 permitem implicitamente ao magistrado acumular o vencimento de juiz com a remuneração ou gratificação, pelo desempenho das funções temporárias de juiz eleitoral, em tôdas as instâncias. Aliás, sob êsse aspecto, não parece ter havido inovação na Constituição de 1967. A acumulação de funções sempre existiu, podendo ser a função temporária remunerada ou não.

Finalmente, aos casos concretos, apontados pela Secretaria da Fazenda, nos itens 1º. a 6.º de sua consulta de fls. 2 do processo, diremos,

dentro da linha interpretativa e doutrinária dêste parecer:

a) — O professor de grau médio não pode acumular cargo de ensino primário, por evidente falta de correlação de matéria;

b) — O militar da reserva remunerada, ou o reformado, não pode exercer cargo público civil permanente, como professor de grau médio. Pode, entretanto, acumular o provento de inatividade com vencimentos de cargo em comissão (de chefia ou de confiança), com subsídio de mandato eletivo, ou ainda com salário contratual pelo desempenho de trabalho técnico ou especializado. O militar reformado, ou que tiver sido transferido para a reserva remunerada não pode ser nomeado para nenhum cargo de carreira ou isolado. Se, porém, fôr nomeado, perderá os proventos, indo então para a reserva não remunerada, pois a acumulação de proventos e vencimentos só é possível apenas nos casos disciplinados pelo § 3.º do artigo 97, extensivo aos militares reformados ou da reserva remunerada;

c) — O professor aposentado sòmente pode acumular proventos com vencimento quando, aposentado em um cargo continua no exercício do outro (de magistério, de juiz, técnico ou científico), desde que seja constitucional a acumulação dos cargos. Aposentado algum pode acumular seu provento com vencimento de professor de ensino primário;

d) — A acumulação de cargo de Exator com outro magistério, de qualquer nível, é inconstitucional. Exator não é cargo técnico ou científico. É cargo fazendário puramente administrativo;

e) — Não é possível, legalmente, acumular cargo em comissão (de livre nomeação e demissão) com um cargo de magistério, em qualquer nível. Cargo em comissão, é, em regra, de chefia. O funcionário efetivo, nêle investido, terá de optar por um dos vencimentos. Não pode embolsar os dois. Se fôr interino, perderá o cargo, quando nomeado para o outro em comissão;

f) — Os cargos de administração geral não são cargos técnicos ou científicos. A acumulação de um dêles com outro do do magistério primário, médio ou superior, é inconstitucional.

7. No que respeita à consulta sôbre a obrigatoriedade de uso da palavra **cumulativamente** nos decretos concessivos da liberalidade, chamamos a atenção da consulente para o que dispõe o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (Lei n.º 4.100/62):

"Art. 91 — .....
§ 1.º — Dar-se-á a exoneração:

I — a pedido do funcionário;

II — **ex-officio**, nos casos seguintes:

c) — quando o funcionário:

1) — fôr investido em cargo ou função pública incompatível com a de que é ocupante".

Por conseguinte, a inexistência ou comissão da palavra cumulativamente, nos decretos de acumulação de cargos, não invalida a nomeação cumulativa, desde que se trate de acumulação constitucional. Entretanto, a supressão da palavra **cumulativamente** (a experiência o demonstra) só vem trazendo entraves à Administração, pois dificulta o contrôle dos casos de acumulação e favorece os abusos. Portanto, apesar de desnecessário, sob o ponto de vista legal, entendemos ser de bom aviso e de boa norma administrativa empregar, sempre, a palavra **cumulativamente**, tôda a vez que ocorrer casos de acumulação remunerada.

8. Finalmente, entende esta Procuradoria, que a melhor norma administrativa, em se tratando de acumulação remunerada, será submeter todos os casos concretos à audiência da P. G. E., para melhor resguardo da Lei, defesa do erário estadual e respeito ao direito adquirido, **ex vi** da Constituição Federal de 1946.

É o parecer, s. m. j.

PROCURADORIA DOS NEGÓCIOS ADMINISTRATIVOS, em Goiânia, 19 de maio de 1967.

ALUVIÃO — IMÓVEL URBANO — RE-RATIFICAÇÃO DE TÍTULO DOMINIAL

— É reconhecida a aquisição da propriedade imobiliária por meio do aluvião, ainda que os acréscimos tenham sua origem em terras públicas, por ocorrido à vista de fôrça superior e acontecimento natural.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Parecer n.º 708/67

Autor: Jair Bonifácio do Valle

Procurador do Estado

1. O Estado de Goiás, através do extinto Escritório de Vendas de Terras de Goiânia, alienou à Sra. AIDA RIBEIRO TEIXEIRA o lote 11 - chácara — situado na zona suburbana desta Capital, com a área de dez (10) hectares, que, levado à transcrição, recebeu o número 10.794, em o livro 39, no Cartório de Registro de Imóveis Atanagildo de Queiroz França.

2. O imóvel vendido acha-se encravado à margem direita do córrego "Botafogo", que também serve de divisa natural do prédio, separando-o de terras do domínio do Estado, consideradas reservas ou faixa verde.

3. A peticionária, após discorrer sôbre o modo de aquisição do trato de terras, levou ao conhecimento do D. E. S. que o córrego limítrofe mudou naturalmente seu curso, ocasionando, com isso, a incorporação de 2.480 metros quadrados às terras constantes do referido lote onze (11), com aumento de seu patrimônio imobiliário; baseando-se em tal fato, conclui requerendo a re-ratificação de seu título ou, então, a compra da área em questão, por preço equivalente ao dado na época da compra da coisa principal.

4. Chamado a opinar tècnicamente sôbre a matéria, a Seção Técnica de Agrimensura desta Procuradoria, depois da promoção de uma vistoria, afirma peremptòriamente que, de fato, o álveo do córrego "Botafogo" passou para outro local, gerando aluvião e consequente acessão de terras do lote onze (11), em desfavor do patrimônio do Estado de Goiás.

5. Por tal arte, operou o aumento da propriedade da requerente, por fôrça do que dispõe o art. 530, inciso II, do Código Civil. Presume-se que o álveo do córrego Botafogo, com o deslocamento de suas águas, criou aluvião ao supradito imóvel. É o que se chama "Acréscimo, sucessivo e imperceptível" de terras às margens de outro prédio — art. 16, do Código de Águas.

6. Carvalho Santos — Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. III, pág. 367 — entende que "três são os requisitos, de acôrdo com a lição dos escritores, para que o aluvião passe a pertencer aos donos dos terrenos marginais: a) que os terrenos sejam marginais, vale dizer, que confinem com o rio ou corrente; b) que ao terreno adira o aluvião; c) que a formação do aluvião se opera sucessiva e imperceptivamente".

7. Lembra o mestre o princípio de **accessorium sequitur principale**, já doutrinado pelos romanos e, segundo êsse, tudo aquilo que adere à propriedade passa a pertencê-la, independentemente de posse ou ato transmissivo da propriedade; de sorte que essa aderência, por si mesma, constitui meio suficiente de aquisição da coisa imóvel, admitido por nossa legislação civil.

8. No caso em vertência, face o pronunciamento do órgão técnico competente — vistoria de fls. — ficou perfeitamente caracterizada a acessão de terras reservadas a faixa verde do Estado às terras da postulante, pois a aluvião atendeu aos requisitos especificados aceitos por nossa legislação específica.

9. É oportuno que se transcreva o art. 17, do Código de Águas:

> "Os acréscimos por aluvião formado às margens das correntes comuns, ou das correntes públicas de uso comum a que se refere o art. 12, pertencem aos proprietários marginais, nessa segunda hipótese, mantida, porém, a servidão de trânsito constante do mesmo artigo, recuada a faixa respectiva, na proporção do terreno conquistado".

10. Exime de dúvidas que as águas correntes no córrego Botafogo ou tôdas aquelas dos ribeirinhos similares são consideradas "correntes comuns", na conceituação do art. 7.º, do Código de Águas, de maneira que é de se admitir o acréscimo por aluvião no lote onze (11) e, em consequência, por fôrça do referido art. 530, inciso II, do Código Civil, o patrimônio do postulante aumentou com a anexação da área de 2.480 metros quadrados.

11. Poder-se-ia levantar a tese de que inopere a acessão de terras públicas às de particular, pretendendo, então, adotar o mesmo critério da transferência da propriedade, prevista por nossa legislação civil, dada ao instituto do usucapião. Mas, para o primeiro caso, a anexação de um prédio ou de parte dêle a um outro, dá-se por junção e "consiste em reunião a terreno fronteiro ou lateral. Resulta de um acontecimento natural de fôrça maior; por isso, aquêle, a cujo prédio veio parar o trecho despreendido pela avulsão, não tem direito de pedir indenização do proprietário do prédio, de onde a porção de terra foi arrancada." (Clovis, **in** Direito das Coisas, vol. I pág. 159).

12. No que concerne à aquisição da propriedade imobiliária, por meio de usucapião, essa é uma consequência de posse prolongada, com o ânimo de dono, moradia habitual por determinado lapso de tempo e tem por mira ao atendimento social. Essa posse, via de regra, para efeito de prescrição aquisitiva, é considerada nenhuma, quando estabe-

lecida em terras do domínio público; a diferenciação entre os dois modos previstos pelo art. 530, do Cód. Civil, para adquirir a propriedade, guarda entre si uma distância acentuada que, em hipótese alguma, permite confronto de aferição: o usucapião é um ato externo provocado e a acessão é natural.

13. Ademais, o próprio conceito de que seja acessão por aluvião, expresso no art. 16 e § 1.º, do Código de Águas, não veda a transferência de propriedade estatal ao patrimônio privado.

> "Art. 16 — constituem "aluvião os acréscimos que sucessiva e imperceptìvelmente se forem para a parte do mar e das correntes, aquém do ponto a que chega a preamar média, ou do ponto médio das enchentes ordinárias, bem como a parte do álveo que se descobrir pela afastamento das águas.
>
> § 1 — Os acréscimos que por aluvião, ou artificialmente, se produzirem nas águas públicas dominicais se não estiverem destinados ao uso comum,, ou se por algum título legítimo não forem do domínio particular.

14. O Código Civil, em seu art. 538, por igual maneira, não acolhe o pressuposto de que a acessão por aluvião de terras públicas é defeso às de particular,

> Ei-lo: "Os acréscimos formados por depósito e atêrros naturais, ou pelo desvio das águas dos rios (é o caso), ainda que êstes sejam navegáveis pertencem aos donos dos terrenos marginais".

15. Carvalho de Mendonça, por seu turno, define a aluvião como sendo "uma obra lenta das leis físicas, é um fenômeno ligado ao movimento das águas, e pelos depósitos assim produzidos de areia, lodo, pedregulho, pedras e outros atêrros naturais", in Tratado de Direito Administrativo de T. Brandão Cavalcanti, pág. 225, vol III.

16. Pelo estudo perfunctório, chega-se à conclusão de que as terras do domínio público não ficam alheias de aluvião à propriedade particular, levando-se em alta conta o disposto nos artigos 538, do Código Civil, e 16, do Código de Águas. É de tôda conveniência e, porque não dizê-lo, deve-se seguir as normas de interpretação, preconizadas em nossas doutrinas e, em especial, o princípio comumente lembrado de **que ao intérprete não é lícito fazer restrição onde a lei não distingue**.

De sorte que, tanto podem aderir terras particulares às margens das particulares, como também as destas àquelas.

Não há se falar, então, na possibilidade de nova transação imobiliária, no que tange às terras incorporadas ao supracitado lote onze (11), pois o Estado de Goiás jamais poderá insurgir contra o fato natural verificado e a lei não lhe faculta alienar aquilo que fugiu de seu domínio.

17. Pode o Estado de Goiás, através do Departamento Estadual de Saneamento, com assistência do Senhor Procurador-Geral do Estado, por liberalidade, promover à re-ratificação do título de domínio da requerente, reconhecendo a acessão verificada, sem que tal ato envolva modificação dos limites do prédio anteriormente alienado.

É o parecer.

PROCURADORIA DO JUDICIAL E CONTENCIOSO, em Goiânia, 22 de fevereiro de 1967.

APOSENTADORIA — JUIZ DE 3.ª ENTRÂNCIA — INTERPRETAÇÃO DAS LEIS 2.027/58 E 2.738/59 — REGIME JURÍDICO FUNCIONAL DO JUIZ E DO FUNCIONÁRIO

— No processo de interpretação das leis, quando há dúvida entre a letra e o espírito, prevalece o último, visto que a letra não pode superar a verdadeira intentio legis..

— A base da consideração de que "funcionário é a pessoa legalmente investida em cargo público", prospera o entendimento de que o juiz, muito embora não seja funcionário em sentido estrito, o é em sentido lato.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Parecer n.º 2.299/67

Autor: Francisca Guilhermina Di Guimarães Mello,

Procuradora do Estado

1. JOSÉ GUERRANTE, Juiz de Direito de Terceira Entrância, em exercício na Comarca de Jataí, requer sua aposentadoria no referido cargo, com as vantagens que lhe são deferidas por lei, em virtude de contar tempo suficiente para aposentar-se volutàriamente.

2. A Seção competente do egrégio Tribunal de Justiça, na informação de fls. 7/8, forneceu o histórico da vida funcional do requerente, desde o seu ingresso nas lides públicas até os dias atuais. Concomitantemente, apurou-lhe o tempo de serviço em 37 (trinta e sete) anos, até 13 de julho corrente.

3. É bem de ver, assim, que, em 8 de janeiro de 1964, o postulante já contava bem mais de 30 (trinta) anos de efetivo exercício. À vista dessa circunstância, o interessado requer sejam os seus proventos fixados de conformidade com os vencimentos atribuídos ao cargo de Desembargador, nos precisos têrmos do artigo 7.º, § 2.º, item I, da já revogada Lei 2.738, de 11 de novembro de 1959, que preceitua:

> "Art. 7.º. São acrescentados ao artigo 410 do Código Judiciário do Estado de Goiás (Lei 956, de 13 de novembro de 1953) os seguintes parágrafos:
>
> § 2.º — Serão aposentados, se o requererem, e desde que contem mais de trinta (30) anos de contínuo serviço público, com os vencimentos atribuidos aos cargos de:
>
> I — Desembargador, os Juízes de Direito da entrância mais elevada."

4. Embora se trate de inciso legal já expressamente revogado por fôrça do artigo 8.º da Lei 4.600, de 1.º de outubro de 1963, não é de se discutir sua aplicabilidade àqueles que, na data da publicação do mencionado diploma, já tivessem tempo suficiente para aposentar-se voluntàriamente, como ressumbra evidente da ressalva prevista no artigo 5.º, § 1.º, da mencionada Lei 4.600, **verbis**.

> "Art. 5.º — .....
> § 1.º — Os servidores que, na data da vigência desta Lei, contarem tempo suficiente para aposentadoria voluntária, não manifestarem, dentro de sessenta (60) dias, por escrito e com firma reconhecida, opção pelo abono de que trata o artigo 1.º, gozarão dos benefícios estipulados na legislação anterior".

5. Em 8 de janeiro de 1964, data inicial da vigência do dispositivo supratranscrito, o aposentado em aprêço já contaca mais de 30 (trinta) anos de serviço público, conforme se vê de fls. 6, e o processo não nos dá notícia de que haja feito opção pelo abono previsto na Lei 4.600, mencionada.

6. Isto observado, analisemos se ao requerente assistirá, na realidade, direito à vantagem pleiteada, no ato da aposentadoria. É de se ver, assim, que a Lei 2.738, que a prevê, impõe como requisito à sua concessão que o magistrado tenha mais de trinta (30) anos de **contínuo** serviço público. Não há dúvida de que, literalmente, etimològicamente, **contínuo** quer dizer ininterrupto, seguido, sucessivo.

7. E, segundo se depreende da liquidação do tempo de serviço do interessado, constante dos autos, houve solução de continuidade no período compreendido entre 14 de janeiro de 1943 e 10 de setembro de 1945.

8. Por essa circunstância, parecerá, à primeira vista, aos menos avisados, nos têrmos frios e literais da Lei, que o postulante não terá direito ao privilégio da aposentadoria com vencimentos de Desembargador.

9. Todavia, em exegese mais profunda e lógica, perseguindo a verdadeira **intentio legis**, chegaremos à conclusão outra, ou seja, à pertinência do favor requerido.

10. Para isso, mister se faz, preliminarmente, um retrospecto à legislação instituidora da vantagem e do escopo que buscou colimar. Foi a Lei 2.027, de 12 de novembro de 1958, que a criou, ao dispor:

> "Art. 1.º — Os magistrados com mais de trinta anos de serviço público terão direito de se aposentar com as seguintes vantagens:
>
> I — com vencimentos correspondentes ao da entrância imediatamente superior;
>
> II — **com vencimentos correspondentes aos desembargadores, quando da 3.ª entrância;** (o grifo é nosso);
>
> II — quando desembargador, com o acréscimo de cinco por cento (5%) sôbre os próprios vencimentos".

11. Ressumbra evidente que o objetivo dêsse privilégio era justamente premiar os magistrados que, havendo completado tempo suficiente para apresentarem-se voluntàriamente, permaneciam ainda prestando serviço público. Era um meio que o Chefe do Poder Executivo possuia para contar, por mais tempo que o normal, com a colaboração de servidores tarimbados e experientes. Era necessário, assim, que dispusesse de um prêmio para estimulá-los e incentivá-los a permanecerem na atividade. Com êsse fim, foi votada e sancionada a Lei 2.027. É de se notar que aludido diploma nenhuma exigência faz a que o trintênio seja de contínuo exercício. Diz, tão-sòmente, os "magistrados com mais de trinta anos de serviço público...".

12. Objetivando a que essa vantagem fôsse incorporada ao próprio Código Judiciário do Estado, participando de seu texto, foi baixada a Lei 2.738, de 11 de novembro de 1959, que, dispondo inteiramente sôbre a matéria, revogou a de n.º 2.027.

13. Todavia, incautamente, por inadvertência, o legislador inseriu no texto do diploma legal 2.738 a palavra **contínuo**. Inferiremos, mais adiante, ser manifesta a impropriedade do têrmo.

14. Já a essa altura, também os servidores públicos do Poder Executivo haviam obtido ver votada a Lei 2.588, de 23 de setembro de 1959, consagrando-lhes o mesmo benefício, e estatuindo, também, desta vez, que o lapso de tempo fôsse de efetivo exercício, sem a imprescindibilidade, porém, do requisito de ininterrupção.

15. Com a Lei 4.100, de 6 de julho de 1962, o privilégio em epígrafe passou a integrar o próprio corpo do nôvo Estatuto dos Funcionários Públimos Civis do Estado de Goiás, em seu artigo 254, que dispõe:

> "Art. 254. O funcionário que contar trinta anos de **efetivo exercício** será aposentado com o vencimento ou a remuneração:
>
> I — da classe imediatamente superior;
>
> II — aumentado de trinta por cento, se ocupante da última classe da respectiva carreira, ou se fôr titular de cargo isolado, de provimento efetivo" (o grifo é nosso).

16. Resulta claro que o mesmo princípio foi preservado, isto é, que o tempo de serviço fôsse de efetivo exercício, é dizer realístico, não presumido. Não se fazia mister sua continuidade ininterrupta.

17. Por tudo o que ficou exposto, ressumbra patente a incontroversa inadvertência do legislador ao inserir o têrmo **contínuo** na Lei 2.738/59. Isso porque, como vimos, todos os diplomas que consagraram o mesmo princípio não exigiram êsse requisito de sucessividade ininterrupta. Ordenaram — isto sim — que o exercício fôsse **efetivo**, isto é, real, não presumido.

18. Por que, então, sòmente aos magistrados, para os quais foi instituída, a vantagem seria a Lei 2.738 tão rigorosa? Por que, se o diploma 2.027, que primeiro o consagrou, não estabeleceu essa condição? Por que, se a finalidade da Lei 2.738 foi tão-só incorporar o benefício ao Código de Organização Judiciária? Por que, se a legislação posterior, que estendeu o mesmo privilégio à classe dos servidores do Poder Executivo, não o condicionou à continuidade? Por que?

19. Para tôdas essas indagações pertinentes, se quisermos nos filiar aos lógicos e coerentes princípios da hermenêutica, só teremos uma resposta: Inexiste, na realidade, tal condição. O legislador, incautamente, se enganou, ao empregar a palavra. O espírito que presidiu a sua vontade foi outro. É êsse o processo lógico da interpretação das leis: busca-se através das palavras o sentido e o alcance das disposições. A letra não pode prevalecer contra a verdadeira intenção.

20. Outro não é o pensamento do emérito exegeta CARLOS MAXIMILIANO, **in** "Hermenêutica e aplicação do Direito", à página 312, 7.a edição:

> "Supõe-se que leis e contratos são redigidos com atenção e esmêro, de sorte que traduzam o objetivo dos seus autores. Todavia, é possível, e não muito raro, suceder o contrário; **e na dúvida entre a letra e o espírito, prevalece o último**" (o grifo é nosso).

21. E, à página 311 de sua obra, o autor citado asserta:

> "Se de um trecho se não colige sentido apreciável para o caso, ou **transparece a evidência de que as palavras foram incertas por inadvertência ou engano, não se apega o julgador à letra morta**, inclina-se para o que decorre do emprêgo de outros recursos aptos a dar o verdadeiro alcance da norma" (o grifo é nosso).

22. Ainda é o ilustre intérprete que comenta, à página 422 da obra aludida:

> "**In claris cessat interpretatio**. Se as disposições contratuais, ou de última vontade, não parecem obscuras, nem ambíguas, nem equívocas, prevalece o significado natural das palavras segundo o modo comum de as entender, porém, nesta hipótese ainda se admite a dúvida sôbre se os vocábulos explícitos correspondem razoàvelmente à intenção do estipulante. **Aceita-se a exegese contrária, desde que evidencia engano, lapso, impropriedade da expressão para o efeito colimado,** (o grifo é nosso) sentido amplo em demasia (**plus dictum quam cogitatum** — "expresso mais do que se pensou") ou restrito em excesso (**minus dictum quam cogitatum** — "expresso menos do que se pensou").

23. Procura-se, assim, como vimos, por todos os meios do Direito e com o emprêgo dos vários recursos da Hermenêutica, a vontade real, efetiva, e não só o que as palavras parecem exprimir. Salta à vista a intenção do legislador de estabelecer aos magistrados — e ainda mais a êles, que obtiveram primeiro a vantagem — o mesmo critério de apuração do tempo, tendo por base a efetividade do exercício, sem se ater à sua continuidade ou não. Não houve intenção de distinguir categoria, de discriminar Poder: se do Executivo, Legislativo

ou Judiciário. Ora, em casos que tais, isolar-se- com maior rigorismo o magistrado, estar-se-ia, em última análise, violando o princípio da isonomia, consagrado na Constituição Federal.

24. E se tudo isso não bastasse, é perfeitamente jurídica a aplicação no presente caso do princípio da "benigna amplianda", tão comum e geralmente acatado em nossos Tribunais, quando se trata de interpretar leis de caráter social. É norma de hermenêutica de que "favorabilia amplianda", ou seja, amplie-se o favorável nas disposições de vantagens ou proteções.

25. Por todo o circunstanciado, não há de se negar ao requerente o direito à fixação de seus proventos de aposentadoria de conformidade com os vencimentos atribuídos aos Desembargadores, por isso que, a 8 de janeiro de 1964, quando a Lei 4.600 entrou em vigor, já havia vencido mais de três (3) decênios de efetivo serviço público.

26. Por outro lado, o vigente Estatuto dos Funcionários ainda vem reforçar-lhe êsse direito, ao preceituar em seu artigo 335:

> "Art. 335. O regime jurídico dêste Estatuto é extensivo, no que não colidir com as disposições legais e constitucionais em vigor... à magistratura...".

27. Ressumbra indiscutível a extensividade do estatuto básico dos funcionários à magistratura, desde que não colida com as disposições legais e constitucionais vigentes.

28. Dispõe o artigo 254 do Estatuto:

> "Art. 254. O funcionário que contar trinta anos de efetivo exercício, será aposentado com o vencimento ou a remuneração:
>
> I — da classe imediatamente superior;
>
> II — aumentado de trinta por cento, se ocupante da última classe da respectiva carreira, ou se fôr titular de cargo isolado, de provimento efetivo".

29. Não há, ao que se vê, nenhuma colisão entre o artigo 7.º, § 1.º, da Lei 2.738/59 e o dispositivo estatutário transcrito. Ambos dispõem sôbre vantagens remuneratórias, no ato da aposentadoria, aos servidores que hajam vencido mais de trinta anos de serviço público. A única diferença é que, para magistrados, inadvertidamente, o legislador empregou a palavra **contínuo** ao invés de efetivo. Assim, a Lei 4.100 pode ser empregada subsidiàriamente, no caso.

30. Não resta a menor dúvida de que tem sido objeto de controvérsia a questão de se saber se o juiz é considerado ou não funcionário público. Na opinião de renomados tratadistas, êle o é, **lato sensu**. Todavia, é oportuno trazer para os autos a valiosa opinião de MÁRIO GUIMARÃES, Ministro aposentado do S. T. F., que, em lúcido comentário, afirma:

> "Será o juiz funcionário público? Em sentido etimológico, tôda a pessoa que desempenha função pública é funcionário público. O Presidente da República o é. Funcionários serão, ainda, os deputados, senadores, governadores de Estado, os juízes. BISCARETTI DI RUFIA, ao tempo da monarquia italiana, apontava os descendentes da corôa como funcionários públicos. Mas, além de tal acepção, outras se admitem, mais ou menos reduzidas ou extensas, conforme a natureza da matéria. Em Direito Penal, pareceria, à primeira vista, que deveria o conceito ser restrito. A necessidade, todavia, de evitar ou punir a corrupção dos que exercitam, ainda que passageiramente, funções do Estado, levou a lei e a jurisprudência a admitirem a amplitude. O artigo 327 e seu parágrafo único do Código Penal Brasileiro, declara: "considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitòriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprêgo ou função pública".

31. E acrescenta mais:

> "Dá-se ao conceito de funcionário a extensão máxima para alcançar até pessoas estranhas, que a exerçam transitòriamente; com razão, compreendida há de estar, nos limites do Estatuto legal, a função do juiz.
>
> No Direito Administrativo, alguns autores pretendem limitação. Há reconhecer que no artigo 2.º do Código dos Funcionários Públicos se acolhe sentido dilatado: "Para os efeitos dêste artigo", diz a lei, "funcionário é a pessoa legalmente investida em cargos públicos". Dúvida não há de que o juiz é pessoa legalmente investida em cargo público.
>
> Para Themístocles Cavalcanti "pelo fato de constituirem um dos podêres, não se poderia deixar de reconhecer no juiz as características dos funcionários públicos, dado o regime jurídico de sua vida funcional. Pouco importam peculiaridades que caracterizam o seu regime: isto justificaria apenas a elaboração de um Estatuto especial.
>
> Há casos, todavia, em que essa velha questão perde interêsse, porquanto, embora não sejam os juízes, em sentido estrito, funcionários, **o são em sentido lato**, na qualidade de servidor público.
>
> Como consequência, alguns dispositivos de caráter geral, estatuídos em benefício dos funcionários, e especialmente os que regulam licenças, **aposentadorias**, adicionais, etc. etc., **se aplicam aos magistrados**. Tais, por exemplo, os dos artigos 192 e 193, da Constituição Federal.
>
> Os Estatutos dos Funcionários Públicos Civis da União e os estaduais, nos respectivos Estados, são supletivos, pois, da legislação concernente à magistratura, desde que bem claro fique, não haja sôbre a matéria normas específicas e que não contrariem as garantias e restrições explícitas que se encontram na Constituição Federal ou a própria índole dos judicantes.
>
> São acusados os juízes de se valerem do predicado de funcionário, se

é para lucrar, e de o repelirem, quando os prejudica. Pois bem, está rigorosamente dentro dos cânones de boa hermenêutica: **odiosa restrigengenda, favorabilia amplianda**.

As leis reguladoras de serviços, de situações, embora de ordem pública, admitem interpretação extensiva. As limitadoras da liberdade, as que estabelecem punições, essas é que hão de ser interpretadas estritamente". **In** o JUIZ e a FUNÇÃO JURISDICIONAL, 1.ª ed. 1958, páginas 34/ 40, de MÁRIO GUIMARÃES).

32. Face a tão brilhantes e criteriosos comentários, temos de convir que o juiz, embora não seja considerado funcionário público **estricto sensu**, o é em sentido lato.

33. Demais disso, não se justifica, hodiernamente, a distinção, para determinados efeitos, da função pública, segundo os atos que a constituem. Consagrado a um serviço do Estado, em função permanente, remunerada pelos cofres públicos, o indivíduo é funcionário público, **lato sensu**.

34. Antes de terminar, faremos transcrever, muito a propósito, um trecho doutrinário de COUTURE, que, com brilhantismo e precisão, esposa o princípio que procuramos defender nestes autos:

> "Quando a letra da lei desfalece, quando seu texto é notòriamente errôneo, quando uma regra colide com outra, ou quando se nos apresenta um dispositivo em luta com um princípio, ou um princípio em contradição com outro princípio, ou quando o silêncio submerge o leitor em perplexidade, o trabalro interpretativo adquire sua hierarquia própria".
>
> (Eduardo J. Couture — "Interpretação das leis processuais" — Ed. São Paulo, pág. 50/51).

35. Diante de tudo quanto foi visto e exposto, e nos têrmos da legislação citada, opinamos favoràvelmente à expedição do decreto de aposentadoria de JOSÉ GUERRANTE, Juiz de Direito de Terceira Entrância, com os vencimentos do cargo de Desembargador, adicionando-lhes, ainda, as gratificações adicionais pertinentes a 3 (três) quinquênios de efetivo exercício, de conformidade com os cálculos elaborados pela seção competente do egrégio Tribunal de Justiça.
É o parecer.

ASSESSORIA DO GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Goiânia, 25 de julho de 1967.

AUTARQUIA — DOAÇÃO — EQUIPAMENTO USADO

— Bens patrimoniais disponíveis, isto é, não destinados ao povo em geral, nem empregados no serviço público, permanecem à disposição da Administração para qualquer uso ou alienação, na forma que a lei autorizar.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Parecer n.º 2.549/66

Autor: Cleanto dos Reis e Souza

Procurador do Estado

1. Processo em que o SANATÓRIO ESPÍRITA de ANÁPOLIS, por intermédio de seu respectivo Presidente, oficia ao ilustre senhor Superintendente da OSEGO, expondo-lhe razões e motivos no seu entender bastante justos, concluindo por solicitar a doação de uma caldeira usada, existente no Hospital Psiquiátrico P. Adauto Botelho, ao sanatório espírita por êle dirigido.

2. Contém ainda o referido expediente pronunciamentos oferecidos pelo Diretor do Hospital Psiquiátrico P. Adauto Botelho e do Superintendente da OSEGO, ambos favoráveis à pretendida doação.

3. Nos têrmos da lei n.º 4.920, de 14 de novembro de 1963, que a criou, especialmente seu artigo 7.º, temos:

> O patrimônio da OSEGO será formado por todos os bens móveis e imóveis da Secretaria da Saúde e Assistência, que ora lhe são transferidos e pelas doações que lhe forem feitas por pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado".

4. Por outro lado, deve ser dito que a OSEGO embora vinculada à Secretaria de Govêrno, dispõe como órgão autárquico, de personalidade jurídica e autonomia administrativa e financeira. Resulta inegável também que as entidades públicas podem ter bens patrimoniais disponíveis. Segundo os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES, in "Direito Administrativo Brasileiro", fls. 439, tais "bens patrimoniais disponíveis, isto é, não destinados ao povo em geral, nem empregados no serviço público, permanecem à disposição da Administração para qualquer uso ou alienação, **na forma que a lei autorizar**". (grifamos).

5. Ainda de conformidade com o insigne tratadista "no nosso sistema administrativo os bens públicos podem ser federais, estaduais, ou municipais, conforme a entidade política a que pertençam ou o serviço autárquico a que se vinculem. Êsses bens, por isso mesmo que vinculados a um fim administrativo, sofrem restrições à sua disponibilidade e oneração".

6. Os bens públicos podem ser alienados mediante venda, doação e permuta, modalidades instituídas pelo Código Civil, havendo casos específicos de concessão de domínio, quando se trata de transferência de terras devolutas entre entidades estatais.

7. No caso ora em estudo, trata-se de uma caldeira usada que, na terminologia industrial, seria enquadrada como equipamento, ou, mais

comumente, máquinas e acessórios. Portanto, não integra as categorias clássicas de bens inalienáveis, aquêles de uso comum do povo ou de uso especial. Como dominicais ou patrimoniais disponíveis, conforme já se disse, entendemos que a mencionada caldeira poderá ser alienada, mediante doação.

8. Todavia, não divergindo dos princípios sadios e moralizadores da administração que se comporta sob o estrito cumprimento da lei, opinamos pelo acatamento da doação, desde que ela se faça mediante autorização legislativa, ainda que reconhecendo e louvando os altos propósitos a que se destina.

PROCURADORIA DOS NEGÓCIOS ADMINISTRATIVOS, em Goiânia, 2 de julho de 1966.

DESAPROPRIAÇÃO — RETROCESSÃO

— O fundamento da desapropriação é a necessidade e utilidade pública ou o interêsse social.

Desaparecida essa causa, ou não dando o expropriante ao imóvel a declarada destinação pública, fica restaurado o direito à propriedade privada, obrigando-se o Poder Expropriante a oferecê-lo ao ex-proprietário pelo preço da desapropriação.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Parecer n.º 1.039/67

Autor: José Muniz de Resende

Procurador do Estado

1. Abriga o presente processo, como se vê estampado, requerimento de SEBASTIÃO DE BARROS ao Estado de Goiás, colimando a retrocessão do lote urbano n.º 39, localizado na rua 21, esquina com Rua Botafogo, Setor Central de Goiânia, imóvel êsse que, desapropriado pela Lei 1514, de 29 de julho de 1957, e transferido ao domínio estatal há nove anos, não teve, segundo êle, a destinação pública preconizada pelo diploma expropriativo.

2. Submisso o caso ao pronunciamento jurídico desta Procuradoria Especializada, por parte de dois ilustres colegas foram dedicados à questão os eruditos pareceres, deitados nas fôlhas 11 a 19 e 24 a 30, os quais, sem ferimento de seus reconhecidos méritos, armaram grave dissenção em volta da espécie: — o primeiro, repelindo, por incabente e sem agasalho jurídico, o reclamo do interessado pela retrocessão; o segundo, opostamente, admitindo fundamento legal ao pedido formulado. A retrocessão ou não, sob uma visão jurídica, passou a ser, então, ponto controverso neste Órgão.

3. A nós, por conseguinte, veio ter o processado para a tarefa de fixação de um ponto de vista acêrca da matéria.

4. Ao exame dos informes contidos no presente (parecer de fls. 24 a 30) assenta-se:

a) a propriedade do requerente, no início individuada, e desapropriada pela lei 1514, de 29/7/57, não foi utilizada para o fim preconizado na desapropriação, nem aproveitada em qualquer destinação pública outra;

b) a construção de áreas ajardinadas, que motivou a desapropriação e que era encargo da SEVOP, foi transferida, como atribuição, à Prefeitura Municipal de Goiânia, por fôrça do Decreto estadual n.º 164, de 26 de dezembro de 1961.

5. Isso, porém, não leva à conclusão fácil de que o encargo de aproveitamento público do lote expropriado, por simples contexto de um Decreto estadual, tenha se transferido à

Municipalidade. Ora, diz, em têrmos genéricos, o art. 1.º do citado dispositivo:

> "Êste Decreto regula a transferência, ao município de Goiânia, de competências, atribuições, encargos, obras, serviços e atos que, pertencendo ao peculiar interêsse municipal, vinham sendo exercidos, prestados ou praticados pelo Estado, nesta Capital, desde a fundação da cidade".

6. E o art. 4.º, adiante, especifica:

> "I — A abertura de ruas, praças, avenidas e outros logradouros públicos, bem como qualquer modificação ou retificação dos existentes;
>
> II — a construção de jardins e parques públicos, e de passeios, viadutos, pontes e passagens de uso comum do povo".

7. Infere-se, lógica e evidentemente, que o acervo de encargos delineados no Ato governamental, em teor genérico e não específico, não envolve, de maneira particularista, quaisquer outros ônus, mormente o de obrigatório aproveitamento público, pela Prefeitura, do terreno em causa, desapropriado que foi pelo Estado para formação de área ajardinada. É, por conseguinte, visível que uma obrigatoriedade que, ao acaso, se pensasse dever debitar-se à órbita municipal, na espécie, afigurar-se-ia, do prisma constitucional-administrativo, absurdamente inaceitável, face à autonomia da governança do município de elaborar e concretizar seus próprios planos de ação. Diversamente se consideraria a questão, se, de outra maneira, um convênio entre Estado e Prefeitura tivesse sido celebrado, do qual refletisse a transmissão expressa e específica do dever de destinação pública do expropriado imóvel urbano. É, conseqüentemente, a forçosa conclusão.

8. Passamos, agora, a residir no mérito da espécie, aqui representada pelo pedido de retrocessão de SEBASTIÃO DE BARROS.

9. É notório que a reversão intentada, via do presente, é pleiteada junto à jurisdição administrativa, razão por que nos é dado entender, PRELIMINARMENTE, incumbir-se-nos tão só da apreciação do feitio legal de uma provável atitude, também administrativa, para o caso, ficando a salvo qualquer tendência de se aguardar suscitamento de prestação jurisdicional pelo interessado.

10. Pelo que julgamos, a retrocessão nas desapropriações no Direito brasileiro, apesar da rumorosa controvérsia de que vem se revestindo a jurisprudência nativa, é instituto merecedor de inegável prestígio na doutrina emanada dos mais festejados pontífices da jurisprudência, não só brasileira, como dos pensadores estrangeiros e do direito comparado. Para todos, é essa instituição jurídica decorrência do respeito constitucional à propriedade privada que, não sendo, de um lado, absoluta, entre os povos cultos, encontra, no entanto, relatividade no seu condicionamento ao bem estar comum.

11. É com efeito, da Lei básica vigente (art. 150, parágrafo 22) a garantia outorgada ao domínio particular, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interêsse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. É lúcido, como se vê, que ùnicamente o preponderante interêsse coletivo sôbre o privado autoriza o Poder Público a lançar mão de bem individual, o que tem como corolário o princípio da reversão ao possuidor originário da coisa declarada de necessidade ou utilidade pública ou de interêsse social, se, malgrado a desapropriação, não tiver o bem (forçosamente transferido ao Estado) a preconizada destinação pública. Não se concebe justificada a permanência do próprio particular, sôbre que recaiu a vontade estatal, no domínio da Administração, quando, por razões de qualquer jaez, não se concretize a declarada finalidade social. A negação de tão indiscutível fundamento não deixa de retratar o mais detestável e grosseiro ABUSO DE PODER.

12. Em ratificação dêsse sustento correm os mais celebrados ensinamentos do Direito comparado e dos cultores da Ciência Jurídica nacional.

13. G. Meyer, mostrando o direito alemão, considera implícito o direito de reaquisição do imóvel expropriado, quando não empregado no fim público a que se propôs, afirmando mesmo ser desnecessária a sua preceituação em texto expresso de lei ("Apud" Otto Mayer, in obr. cit., pág. 87).

14. Em notável julgamento, o Tribunal de Justiça de São Paulo, apoiando-se também no Direito Administrativo alemão reconhecendo como vívida na estrutura jurídica brasileira a RETROCESSÃO nas desapropriações, prega que o mandamento da reaquisição resulta da mesma desapropriação, pelo que — diz êle textualmente — não necessita ser reconhecido pela legislação ordinária (in REPERTÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL — Carvalho Filho, 1957, Vol. II, pág. 336).

15. Como pensamento ultramarino, reclama nota a incisiva conclusão esposada pelos sistemas francês e italiano, acolhedores do instituto da RETROCESSÃO:

I) "A desapropriação tão-sò se funda jurídicamente, na circunstância de ser o bem expropriado necessário para realizar obra de interêsse público, definida pelo ato declaratório de utilidade pública. Se posteriormente à desapropriação, a Administração não realiza essa obra, vem a ficar sem base jurídica em face do expropriado. É lógico, pois, que êle possa reaver seu bem, pois que êste não é mais necessário à satisfação do interêsse público".

(PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE, in "Tratado de Direito Administrativo Francês — 1952, pág. ... 1.158).

II) Para Guido ZANOBINI, se as expropriações não foram usadas para o fim a que se destinavam, deve-se tê-las por VIZIATE E ANNULLABILI.

(DIREITO ADMINISTRATIVO, IV/219).

16. Integrando, como não poderia deixar de ocorrer, êsse cortejo de opiniões, chega-nos o lance de Cunha Gonçalves, proclamando que "o princípio da reversão dos bens expropriados, pelos motivos que ficam apontados, é admitido por quase tôdas as legislações estrangeiras, porque, sendo a expropriação, como vimos, uma restrição do direito de propriedade, restrição baseada na necessidade e na utilidade pública, mais ou menos urgentes, aquela morosidade e negligência, bem como, a extinção do fim visado, provam que a obra projetada ou cons-

truída pelo expropriante não é necessária, e, portanto, injustificado foi o sacrifício impôsto ao proprietário, que pode ter mais amor à cousa expropriada do que ao dinheiro da indenização recebida".
(TRATADO DE DIREITO CIVIL — Vol. XII, Tomo I, 2.ª edição, 1956 — Max Limonad, editor, S. Paulo, pág. 378).

17. Em inúmeros aspectos se identificam os sistemas constitucionais norte-americano e brasileiro, quando se sabe que o Estatuto Político nacional da primeira República foi sorver na Convenção de Filadélfia os seus mais sagrados postulados de garantia individual; e em que pese a ação do tempo e o surgimento de nossas Cartas posteriores, não podemos perder de vista os princípios hauridos em tão nobre fonte. Um dêles é aquêle referente à garantia da propriedade privada contra a qual prevalece única e exclusivamente reconhecido e incontestável interêsse coletivo. Vem, então, a lanço a citação por Hélio Moraes de Siqueira do ponto de vista ianque:

> "Portanto, essas manifestações da doutrina americana estão a indicar, a favor do antigo proprietário, a possibilidade do exercício do direito de retrocessão dos bens expropriados que não atenderem à SUBORDINATION TO SCOPE. Êsse direito denomina-se "REVERSION e se caracteriza pelo retôrno do imóvel ao antigo proprietário, em razão da ocorrência de causas que tornam ilegítima a desapropriação. É por isso que o direito americano proclama que "WHERE A QUALIFIED OR TERMINABLE FEE IS ACQUIRED, AND THE RIGHT TO USE THE LAND HAS BEEN LOST IN ONE THE WAYS MENTIONED ABOVE, THE TITLE OR RIGHTS REVERT TO THE ORIGINAL OWNER.
>
> ("A RETROCESSÃO NAS DESAPROPRIAÇÕES", ... 1964, pág. 128).

18. Tôdas essas concepções, inspiradas no mais elevado princípio das garantias privadas na Sociedade Política, vêm encontrar eco, como não poderia deixar de ocorrer, em nossa cultura jurídica de Nação integrada no concêrto dos mais civilizados povos. Assim é que a doutrina do Direito brasileiro, representada pelos mais comemorados jurisconsultos, tem crismado sàbiamente o pensamento alienígena, estreitando o poder discricionário da desapropriação pelo seu condicionamento a um obrigatório uso público da coisa privada, forçosamente transferida à Administração. É o direito da RETROCESSÃO defendido e explicado no DIREITO MUNICIPAL BRASILEIRO, de Hely Lopes Meirelles:

> "Por retrocessão se deve entender o direito do ex-proprietário de reaver os bens não utilizados no fim para o qual tenham sido desapropriados (Cód. Civil, art. 1150). Segundo o nosso direito, a retrocessão só pode ser exercida pelo antigo proprietário expropriado, não sendo admissível que o seja por seus herdeiros, sucessores ou cessionários.
>
> Embora o Código Civil diga que o imóvel deverá retornar ao ex-proprietário "caso não tenha o destino para que se desapropriou", êsse "destino" é de ser entendido como qualquer fim de utilidade, de necessidade pública, ou de interêsse social, e não sòmente aquêle que se especificou no ato expropriatório".
>
> (Ob. cit., 2.ª ed., Vol. I, pág. 251).

19. Washington de Barros Monteiro, com irrefutável magistério, adverte que não pode o Poder Público conservar, indefinidamente, em seu domínio, o objeto desapropriado, sem lhe dar o destino para que desapropriou, impondo que:

> "... se o poder expropriante deixa de dar ao imóvel desapropriado o devido destino, se vem a desaparecer a alegada necessidade ou utilidade pública, não mais se justifica o ato do poder público. Deve êste oferecer de nôvo ao antigo dono a coisa desapropriada; é a êste fenômeno jurídico que se dá o nome de RETROCESSÃO, que constitui a PREEMPÇÃO LEGAL, em contraste com a PREEMPÇÃO CONVENCIONAL, regida pelo art. 1.149.
> (DIREITO DAS OBRIGAÇÕES — 3.ª ed., pág. 110).

20. Soa igualmente a voz de Carvalho Santos, sempre ouvido na interpretação do nosso Direito privado:

> "O que justifica a desapropriação e que a torna permissível, como limitação ao exercício do direito de propriedade, é o fim, o destino superior invocado, com fundamento na necessidade ou utilidade pública. Ora, se êsse destino não é dado, cessa a razão do ato administrativo. Volta a afirmar-se a soberania do direito de propriedade, contra o qual só prevalece o interêsse superior da coletividade".
>
> **("Cód. Civil Brasileiro Interpretado", 8.ª ed., vol. XVI**, pág. 235).

21. Confirmando êsse entendimento, Silvio Rodrigues avança mais, ao dizer da insustentabilidade da permanência, no patrimônio público, do bem expropriado, sem a destinação preconizada, reconhecendo a retrocessão, que poderá ser declarada administrativamente, pelo próprio desapropriante, ou judicialmente. Eis a lição:

> "...o que justifica a expropriação é a utilidade ou necessidade pública apontada no decreto que a proclama. Se a coisa expropriada não se destinou ao fim ali constante, não mais se justifica a venda forçada, devendo, por conseguinte, ser tornada sem efeito pelo próprio Poder Público, e, em caso de seu silêncio, pela sentença que ordenar a retrocessão".
>
> **(Direito Civil, vol. III**, Ed. Max Limonad, São Paulo, pág. 208).

22. Segue a mesma trilha Eurico Sodré que, dando, igualmente, agasalho à comentada instituição jurídica, opina pela reversão do imóvel expropriado ao seu ex-titular, uma vez estabelecida a desistência estatal de seu aproveitamento público:

> "Sòmente a desistência comprovada em realizar ou prosseguir nas obras para as quais se desapropriou um bem, autoriza o pedido de sua retrocessão".
>
> **("A Desapropriação"**, pág. 89).

23. Todos êsses ensinamentos vêm orientando a moderna Administração, de que, mui a propósito, é exemplo o parecer administrativo abaixo:

> "...vale dizer que a desapropriação pressupõe um interêsse público e que, se êste desaparece, restaura-se a propriedade privada, limitada apenas pelo interêsse público".
>
> **(Revista de Direito da Procuradoria Geral** do ex-Distrito Federal — n.º 6 1957, pág. 520).

24. É bem de ver que alguns pensadores, de conduta mais radical e menos dispostos à amplitude de um exame de que é digno o tão comentado problema da reversão nas desapropriações, agarram-se à frágil argumentação de que não é êsse instituto objeto de expressa capitulação, tanto na Lei especial, como no Código Civil, tendo sido calada, por revogação do diploma específico, a voz do art. 1.150 dêsse Estatuto. Não prospera, por franzina e tímida, tão precipitada assertiva. É deveras bem mais robusta a asserção do fundamento constitucional emprestado à instituição, que, sem embargo de sua solidez, foi, com relativo desajuste, inserta pelo legislador pátrio no Corpo de Leis Civis.

Em testemunho dêsse asserto, "refere SEABRA FAGUNDES que a lei de desapropriações não cogitou do problema da retrocessão. Fê-lo, porém, deliberadamente, por ter entendido o legislador ser matéria estranha à desapropriação: Embora censurando essa orientação, SEABRA FAGUNDES entende que, com isso, a Lei de desapropriação não revogou o supracitado art. 1.150 do Código Civil" (citado por M. M. Serpa Lopes in CURSO DE DIREITO CIVIL, 3.a ed., vol. III, pág. 359).

25. Já por outro lado, estranha e inexplicàvelmente, vem se conduzindo, com hesitação, diante do assunto, alguns Tribunais brasileiros que, "permissa venia", entendemos distantes aqui e alí do pensamento universal e da sã doutrina local. Todavia, os mais resolutos, vêm, louvadamente, se afinando no diapasão das proposições doutrinárias. Dêsses, trazemos à colação pronunciamento da segunda Côrte paulista que, partidária da retrocessão nas desapropriações, nas condições enunciadas, tem firmado, decisivamente:

> "Como o art. 1.150 do Código Civil está sob a rubrica que fala em preempção ou preferência, enquadrou-se nesta a retrocessão, para o efeito de considerar-se meramente pessoal êsse direito, pelo que, violado ou desrespeitado, a consequência seria o pagamento de perdas e danos. Mas o que se tem de encarar no preceito da lei civil, é a sua raiz constitucional e não a rubrica sob a qual está formulado. Na desapropriação não há simples compra, como no contrato privado de compra e venda. O que existe é uma alienação forçada com a perda da propriedade pelo seu titular — sacrifício que se lhe impõe em nome dos interêsses da coletividade. Compreende-se que convencionada a venda de bem de raiz em contrato livremente realizado, a preferência se resolva, quando desatendida, em perdas e danos. Não se justifica, porém, a extensão da regra a uma venda não voluntária, a um desapossamento coativo em que o IMPERIUM estatal, ampliando sua esfera de ação, rompe os diques que garantem ao proprietário a livre disposição de seus bens, para compelí-los a dêles despojar-se"
>
> (REPERTÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL — Carvalho Filho, vol. II, 1957, pág. 338).

26. Salta do aresto acima, como se deduz, implícito reconhecimento da retrocessão nas desapropriações, não como um direito puramente pessoal de que pretende revestí-la a rubrica do Código Civil, mas, decorrente de uma obrigação constitucional imposta ao expropriante de devolver ao ex-proprietário o bem não destinado ao proveito público. Não considera o Julgado, como se colhe, o teor do art. 1.150 do Código Civil, mera preferência, senão o oferecimento compulsório ao expropriado, pelo Poder Público, da coisa não utilizada devidamente, não sanável o descumprimento, como é óbvio, por perdas e danos.

27. A mesma Instância colegiada, adiante, e em mais decisivos dizeres, vem harmonizar-se, sem rodeios, com a teoria geral da retrocessão, ao pontificar:

> "No caso do art. 1.149 do Código Civil, descumprida a obrigação alí prevista, pode-se falar em perdas e danos, porquando JUS IN RE transferindo-o ao comprador. O tído-o ao comprador. O Título dêste descansa na livre convenção e não está subordinado a qualquer condição resolutiva. O seu direito real remonta à compra efetuada e não tem por causa o emprêgo ou destinação do bem adquirido.
>
> Diverso é o aspecto da desapropriação e consequentemente da preferência prevista no art. 1.150 do Código Civil. A oferta ali se torna obrigatória quando o fim da desapropriação não foi cumprido, porque a razão de ser do ato expropriatório estava em sua própria destinação. Não cumprida esta, cessam os efeitos da expropriação pelo desaparecimento da causa do ato jurídico, pelo que tudo deve retornar ao STATU QUO ANTE. Daí ser obrigada a expropriante a oferecer o imóvel ao ex-proprietário pelo preço pago, uma vez que desapareceram os motivos da permanência da coisa expropriada no domínio público. Falta base jurídica à Fazenda para manter o imóvel em seu poder, donde o direito do expropriado de reavê-la".
>
> (Idem, in REPERTÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL — Carvalho Filho — vol. II, 1957, pág. 338).

28. Tôda essa cadeia de proclamações, aqui desenrolada, e constituida da mais sadia doutrina e jurisprudência, tanto nacional como estrangeira, vem formar pedestal ao imbatível instituto da retrocessão nas desapropriações no Direito brasileiro, que não poderia deixar de consagrá-lo, sob pena de rompimento do cânone regimental das garantias da propriedade particular.

29. Por tudo isso, digna tão-sòmente de repulsa é a corrente doutrinária que nega, de-

sarrazoadamente, a instituição jurídica da retrocessão, ou que força a substituir, com sucedâneo pecuniário, um direito fundamental do cidadão, protegido pela lei. Seria distender, de modo ilimitado, a norma constitucional em prejuízo do desapossamento de bens, fora dos casos reconhecidos pelo Código Magno.

Meritória é a lapidar conclusão de Hélio Moraes de Siqueira, da qual nos servimos para propor aqui, em epílogo, nosso ponto de vista sôbre a tão debatida figura que, modestamente, nos demos a defender:

> "A estabilidade da vivência social no Estado de Direito decorre da segurança do cumprimento das normas jurídicas, principalmente pelo Poder Público Administratida legalidade deve informar todos os atos do Poder Público Adminsitrativo. O Estado cria o direito positivo e a êle deve submeter-se. A permanência no patrimônio do Poder Público da coisa expropriada, sem causa de utilidade pública ou de interêsse social, carece de amparo legítimo. Impõe-se o seu retôrno ao patrimônio daquele que coativamente foi alcançado pelo ato expropriatório"
>
> (A RETROCESSÃO NAS DESAPROPRIAÇÕES — 1964, págs. 77/78).

30. "Ex positis", lançamos nosso entendimento de que a retrocessão reclamada, no presente, por SEBASTIÃO DE BARROS, é de ser plenamente acolhida pelo Poder estadual expropriante, por ser calcada em inarredável assentamento jurídico. Ora, o imóvel desapropriado ao pleiteante pelo Estado — como é forçoso concluir — não teve a destinação preconizada pela expropriativa lei 1.514, de 29 de julho de 1957, decorridos, ociosamente, nove anos do ato consumativo. A reversão ao ex-proprietário de sua propriedade desapropriada, quando, nesse passo, configura-se evidente o desinterêsse de sua utilização (recorde-se o texto do Decreto n.º 164, de 26-12-61), é da mais inteira fundamentalidade. Persistir-se no contrário é condenável ABUSO DE PODER.

31. É o parecer, submisso a melhor juízo.

PROCURADORIA DO JUDICIAL E CONTENCIOSO, em Goiânia, 21 de março de 1967.

DOAÇÃO — BENS DE USO COMUM DO POVO — INALIENABILIDADE
DOMÍNIO DO MUNICÍPIO DE GOIÂNIA

— Os bens públicos de uso comum do povo só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, após a desafetação de sua destinação pública, mediante lei especial, transmudando-se sua categoria para bens suscetíveis de alienação: dominicais ou patrimoniais disponíveis.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Parecer n.º 1.747/67

Autor: Wilder Tavares de Góes

Procurador do Estado

1. Originou-se o presente processo de expediente da ASSOCIAÇÃO DOS FUNCIONÁRICS DA PREFEITURA MUNICIPAL DE GOIÂNIA (AFPMG) dirigido ao Exmo. Sr. Governador do Estado, em que requer lhe seja outorgada a escritura de doação de uma área de terras de 18.949 m2, situada no denominado "Bosque dos Buritis", nos têrmos dispostos pela Lei n.º 6.532, de 16 de fevereiro de 1967, publicada no D. O. n.º 10.224, de 7.03.967, que faz parte integrante dêste processado.

2. Infere-se da leitura do referido diploma legal que a doação de aludida área se destina, como encargo único, à construção do "Hospital dos Funcionários da Prefeitura Municipal de Goiânia", sendo de notar que a donatária dispõe do prazo de cinco (5) anos para a conclusão do aludido hospital, "findo o qual, sem que seja cumprida a condição estabelecida neste parágrafo, o imóvel a ser doado reverterá ao patrimônio do Estado, independentemente de interpelação judicial ou extrajudicial".

3. À primeira vista, poder-se-ia objetar que a outorga da mencionada doação não envolveria maiores indagações ou estudos sôbre o ato translativo da propriedade ora objeto de apreciação. Entretanto, assim não acontece, motivo por que nos permitimos de proceder a uma necessária digressão sôbre a matéria.

4. Nestas condições, devemos analisar, como pontos preliminares, os seguintes aspectos:

a) — A quem pertence o domínimo das chamadas áreas verdes", ou "bosques" de Goiânia?

b) — Constitui o "Bosque dos Buritis" bem público de uso comum do povo?

c) — Existe um Plano Dire-

tor de Goiânia, discriminando os bens públicos como de uso comum do povo, de uso especial ou dominiais?

d) — São passíveis de alienação os chamados "Bosques" de Goiânia?

5. Assim exposta a matéria, passemos a comentá-la na forma acima disciplinada.

6. Referentemente ao item "a", é de se ter presente, para logo, que a origem dominial do município de Goiânia se prende exatamente nas transcrições n.ºs 660, 700 e 701, do Cartório de Registro Geral de Imóveis da 1.a Circunscrição desta Capital, registradas em nome do Estado de Goiás.

7. Por aí se verifica, por evidente, que tôda a área compreendida dentro dos limites do município pertence ao Estado, devendo-se fazer, contudo, a observação de que, pelo Decreto Estadual n.' 3.359, de 18.05.933 (com fôrça de lei), a zona urbana ficou reservada ao Estado e a suburbana e rural ao município de Goiânia.

8. Não obstante tal situação, com várias e posteriores mutações (porque, na verdade, nada se estabeleceu **in concreto)**, eis que surge o Decreto estadual n.º 164, de 26.12.961, prescrevendo, dentre outras medidas, que dentro de 60 (sessenta) dias o Estado constituiria, com o município de Goiânia, uma comissão mista destinada a indicar uma solução para a transferência do "patrimônio do Estado para o do município, dos bens imóveis que, por decisão judiciária, tenham sido proclamados como pertencentes ao domínio municipal".

9. Entretanto, ao que se sabe, até agora, aludida comissão não foi constituída, resultando, de consequência, inoperante e de efeito nenhum semelhante perceptivo, legal.

10. Cumpre não deslembrar, de outra parte, que por fôrça de sentença de primeira instância confirmada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, na ação declaratória de que a Municipalidade moveu contra o Estado de Goiás, ficou reconhecido o direito de propriedade da Prefeitura sôbre tôdas as áreas públicas do município. Todavia, como a ação declaratória define apenas uma relação jurídica, a existência de um direito sôbre alguma coisa, de nada alterou a titularidade dominial, visto que não houve uma ação complementar (reivindicatória), de molde a compelir o Estado a transferir o domínio à municipalidade.

11. Em assim sendo, reponta cristalina a insofismàvelmente que o Estado detém ainda a titularidade do domínio das áreas dos bosques de Goiânia, motivo por que tão-sòmente ao Poder Público Estadual é dado, atualmente, dispor livremente dêsses bens, como agora o faz pela citada Lei n.º 6.532, de 16.12.967, doando áreas ao Conselho de Obras da Comunidade e à ASSOCIAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS DA PREFEITURA MUNICIPAL DE GOIÂNIA. Isto pôsto, é de se entender que legítimo e legal é o seu direito de, assim, proceder, porque está exercitando um direito que lhe é inerente e peculiar.

12. Agora, após essa consideração primeira, insta que nos pronunciemos sôbre o item "b" de nosso estudo.

13. Bem por isso mesmo, é de se indagar, por demais importante, se os bosques de Goiânia podem ser considerados bens públicos de uso comum do povo.

14. Realmente, dispõe o art. 66 do Código Civil, quando estabelece a classificação dos bens públicos, que:

I — Os de uso comum do povo, tais como mares, rios, estradas, ruas e praças.

II — Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal.

III — Os dominicais, isto é, os que constituem os patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades".

15. Da literalidade dêsse dispositivo legal infere-se, cômodamente, que os bosques, como destinados a logradouros públicos, perfeitamente se classificam entre aquêles denominados de bens de uso comum do povo, tais como as ruas e praças, na forma prevenida pelo item I do supramencionado art. 66 do nosso Código Civil.

16. Ora, bens de uso comum do povo são aquêles que servem, indistintamente e genèricamente, a tôda uma coletividade, como consequência natural ou legal de sua sua destinação, por império de uma exigência normal de seu uso por todos.

17. Via de regra, os bens de uso comum nascem de sua própria natureza, como os rios, estradas, ruas, o ar atmosférico, etc. Muitas vêzes, entretanto, surgem por fôrça de uma destinação legal, à vista de sua individualização como de uso coletivo, como é o caso de determinados logradouros públicos: hortos florestais, bosques, etc.

18. Com efeito, o emérito CARVALHO RAMOS ensina que bens de uso comum do povo são "aquêles que, pertencendo ao Estado, sejam destinados por lei ou por um fato natural ao uso direto e imediato do povo" ("Código Civil Brasileiro Interpretado", vol II, pág. 101).

19. Mais adiante, procurando estabelecer uma diferenciação entre bens de uso comum e bens de uso especial, preleciona que "os primeiros se destinam a todos e, por isso mesmo, são denominados de uso **comum,** enquanto que os de uso especial visam o serviço público, a utilidade pública, mas não são gozados senão pela pessoa que os administra, e mesmo nos casos em que se destinam ao público, ao seu uso, não o são por uma forma direta e imediata, mas sempre dependendo da interferência da pessoa que administra o serviço público". (ob. cit. pág.).

20. Segue-se daí, portanto, que os bens de uso comum do povo, para que assim sejam considerados e havidos, há de sê-lo por império de sua própria natureza ou por fôrça, simplesmente, de sua destinação, via de disposição legal que assim os considerem.

21. Nestas circunstâncias, poder-se-ia argüir se o "Bosque dos Buritis" é assim considerado, nos têrmos da classificação dos bens públicos admitida por nosso estatuto civil.

22. A resposta seria, naturalmente, positiva.

23. Em verdade, reconhece-se que o "Bosque dos Buritis", por sua própria natureza, não poderá ser classificado como bem público de uso comum do povo. No entanto, sobreleva observar que, sem embargo da nossa consideração de que legalmente também não pode ser tido como tal, é de se convir — e não há como admitir o contrário — que a história e a tradição de Goiânia o consagraram como área reservada, área verde, logradouro público onde a flora houvesse de ser preservada, como necessidade de se estabelecer um plano urbanístico voltado para a boa técnica e obediente às exigências do bem-comum. Daí a consequência imutável de que o "Bosque dos Buritis" (como outros existentes em nossa Capital) há de ser considerado como bem de uso comum do povo.

24. Aqui, por conseguinte, cabe a nossa observação sôbre se existe, ou não, um plano Diretor da Cidade de Goiânia, prescrevendo quais seriam os bens de uso comum do povo, os bens de uso especial e os bens dominicais.

25. Assim, para que possamos abordar êsse aspecto, insta que remontemos há longa data, quando pelo Decreto estadual n.º 3.547, de 6 de julho de 1933, do então Interventor Federal, neste Estado, resolveu-se encarregar o urbanista ATÍLIO CORRÊA LIMA, representante da firma "P. ANTUNES RIBEIRO E CIA.", do Rio de Janeiro, do "estabelecimento do projeto da futura Capital do Estado, mediante o pagamento da importância de cinquenta e cinco contos de réis (55:000$000)..."

26. Nestas circunstâncias, apresentou o urbanista CORRÊA LIMA, aos 10 de janeiro de 1935, o "Plano Diretor da Cidade", no qual frisava textualmente:

> "O buritizal, localizado na extremidade da Rua 26, será transformado em pequeno parque. Para isso, será necessário drenalo convenientemente, conduzindo as águas pelo **talweg**, em canal descoberto, tirando partido dêste para os efeitos de pequenos logradouros decorativos. Êste parque que denominamos dos Buritis se estenderá por faixas ao longo do **talweg** e medirá 50 metros para cada lado dêste, no mínimo. Formando o que os americanos denominam **park-way**".

27. Resulta evidente, pois, que desde os primórdios da cidade de Goiânia já o "Bosque dos Buritis' era destinado a um logradouro público. E isto está plenamente disposto no "Plano Pilôto da Cidade", segundo se pode, cômodamente, inferir da primeira planta geral de Goiânia, que até o momento constitui, embora já obsoleta e superada pelas próprias contingências do tempo, o mapa oficial de nossa Capital.

28. É bem verdade que houve tentativas, por parte das autoridades estaduais, de se estabelecer um Nôvo Plano Diretor de Goiânia, que pudesse determinar os lineamentos de uma política urbanística à altura de nosso desenvolvimento demográfico. Houve, inclusive, não faz muito tempo, uma comissão destinada a cumprir semelhante encargo, sem contudo, até hoje, surtir qualquer efeito concreto.

29. De ver, então, que, sem embargo da nossa consideração de que não há disposição legal que determine, a rigor, quais seriam as áreas verdes ou reservadas de nossa capital, é de se ponderar que houve, por parte do Govêrno, o reconhecimento tácito de que determinadas áreas se serviriam como bens públicos destinados à edificação de logradouros ou parques de uso de todos. Houve, igualmente, o reconhecimento da **comunis opinio**, aceitando a situação característica dêsses bens imóveis.

30. Nestas condições, não há como negar que a destinação do "Bosque dos Buritis" como logradouro público, de uso comum, inalienável, nasceu não de uma norma legal, mas justamente de uma norma consuetudinária, costumeira, exprimindo, portanto, um direito que deve ser aceito e respeitado.

31. É bem certo que tôda lei é direito, mas é igualmente válido que nem todo direito é necessàriamente uma lei.

32. Bem por isso mesmo, é de se convir que o "Bosque dos Buritis" tem uma destinação específica oriunda não de um dispositivo legal, mas exatamente de um direito que se perfaz ao longo da aceitação de seu **status** pelas autoridades governamentais e por todo o povo. E tanto isso é verdade que tôdas as plantas oficiais de Goiânia trazem, como área verde, o chamado "Bosque dos Buritis" e, assim, tem sido considerado até hoje, razão por que a ninguém é dado ignorar tal circunstância.

33. À vista dessas considerações, deve-se salientar que o "Bosque dos Buritis" tem uma destinação específica, uma finalidade própria, com o objetivo primordial de preservar as áreas verdes da cidade, necessárias à construção de logradouros públicos, tão importantes na vida de uma capital como a de Goiânia. Esta medida é, aliás, preconizada por todo plano urbanístico hodierno e constitui, igualmente, uma constante preocupação do próprio govêrno federal, sobretudo quando sabemos que o nôvo Código Florestal (Lei n.º ... 4.711, de 15/11/965) dispõe em seu art. 5.º:

> "Art. 5.º — O Poder Público criará:
>
> a) — Parques Nacionais Estaduais e Municipais e Reservas Biológicas, com a finalidade de resguardar atributos excepcionais da natureza, conciliando a proteção integral da flora, da fauna e das belezas naturais, com a utilização para objetivos educacionais, recreativos e científicos
>
> b) — ....
>
> Parágrafo único — Fica proibida qualquer forma de exploração dos recursos naturais nos Parques Nacionais, Estaduais e Municipais".

34. Mais uma vez, portanto, se observa que é sempre pensamento do govêrno de dotar as zonas urbanas de reservas florestais, como maneira de criar a formação de uma consciência coletiva no sentido de compreender o significado de uma efetiva proteção da flora e das belezas naturais.

35. Nesta altura, devemos formular a última indagação de nosso pronunciamento, o de n.º "d" constante de nosso sumário preliminar, ou seja, são passíveis de alienação os chamados "Bosques de Goiânia"?

36. Como exaustivamente procuramos demonstrar, constituem os Bosques bens de uso comum do povo, na forma prevista pelo art. 66, item I, do Código Civil, sendo de notar, via de consequência, que pesam sôbre os mesmos as restrições editadas pelo art. 67 de nosso estatuto substantivo civil, quando prescreve, enfàticamente, que "os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever".

37. De fato, "o que a lei civil quer dizer é que os bens públicos são **inalienáveis** enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos, isto é, enquanto guardarem **afetação pública**. É evidente que uma praça ou um edifício público não pode ser alienado enquanto tiver essa destinação, mas qualquer dêles poderá ser vendido, doado ou permutado desde que desafetado prèviamente de sua destiiação originária. Essa desafetação se faz por lei especial, que traspassa o bem de uma categoria **inalienável** (de uso comum do povo ou de uso especial) para outra, **alienável** (dominicais ou patrimoniais disponíveis). Assim, tanto os bens primitivamente destinados ao uso comum do povo como os de uso especial podem ser legìtimamente alienados, desde que sofram prévia desafetação de sua destinação pública inicial" (HELY LOPES MEIRELLES, **in** "Direito Administrativo Brasileiro" pág. 439).

38. Por conseguinte, como ficou suficientemente evidenciado, não pode o Estado de Goiás dispor livremente dos bens de uso comum do povo, enquanto não se efetivar, mediante lei especial, a descaracterização de sua destinação. Sòmente após semelhante procedimento, poderá o Poder Público Estadual praticar qualquer forma de alienação sôbre bens que tais, sob pena de ilidir expressas disposições de lei e de contrariar, **ipso facto**, ponderáveis interêsses coletivos.

39. Ao final dessas considerações levantadas ao longo de nosso pronunciamento, cumpre-nos abordar, agora, o "aspecto de ser a Lei n.º 6.532, de 16 de fevereiro de 1967, permissiva, facultativa, e não imperativa, impositiva", consoante determina o despacho de fls. 20, do Exmo. Sr. Procurador-Geral.

40. Permitimo-nos, contudo, de estranhar a necessidade dessa apreciação, visto que não encerraria qualquer motivo prático, levando-se em consideração que a iniciativa da invocada lei partiu da mesma autoridade que por certo, agora, pretende executá-la. Entretanto, em obediência ao aludido despacho, cumpre-nos enfatizar que a Lei n.º 6.532/67 revela-se um diploma legal meramente AUTORIZATIVO, sem envolver qualquer obrigatoriedade do Poder Executivo em realizar sua execução, pois que a lei é tão-sòmente permissiva, autorizativa ou facultativa, sem resultar, portanto, em qualquer comportamento imperativo ou determinativo.

41. Com efeito, semelhante estudo já constituiu objeto de parecer de nossa autoria (Parecer de n.º 90/67), quando tivemos a oportunidade de afirmar que "na realidade, quando a lei prescreve: "Fica o Poder Executivo AUTORIZADO"... apenas há a

enunciação de uma obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa, remetendo-se essa faculdade ao livre alvedrio da autoridade competente à sua exeução".

42. Reportando-nos, ainda, àquele nosso pronunciamento, devemos destacar os tópicos seguintes:

> "Com efeito, leis que tais apenas dispõem sôbre determinadas faculdades instituindo regras ou formas, que podem ser, ou não, cumpridas pelo agente-executor dêste ou daquele ato administrativo, que exige expressa autorização do órgão competente.
>
> Ora, existem certos atos que não se compreendem nos podêres ordinários de administrar do Poder Executivo, merecendo, para tanto, expressa autorização de outro Poder — o Legislativo. Dentre êles, localiza-se o de alienar, permutar ou doar bens imóveis, como fórmula de prevenir o resguardo dos bens públicos".

43. Assim, nunca é demais ressaltar que leis dessa natureza exprimem uma mera faculdade, que poderá ser, ou não, exercida pelo Chefe do Poder Executivo, eis que sua conveniência, ou não, situa-se dentro de sua estrita e exclusiva apreciação e posterior execução, se assim o entender.

44. Por derradeiro, e considerando-se tudo o que vem de ser minudentemente exposto, é o nosso pronunciamento no sentido de que a outorga da escritura de doação da área de 18.949 m2, situada no "Bosque dos Buritis", à ASSOCIAÇÃO DOS FUNCIONÁROS DA PREFETURA MUNICIPAL DE GOIÂNIA, não pode se efetivar enquanto não houver um diploma legal que venha desafetar tôda a área do bosque de sua primitiva destinação como bem de uso comum do povo, como única fórmula de torná-lo plenamente disponível ou alienável, transmudando-se sua classificação para a classe daqueles bens suscetíveis de alienação: dominicais ou patrimoniais disponíveis.

45. E isto se fará, evidentemente, via de mensagem do Poder Executivo à ilustrada Assembléia Legislativa solicitando a aprovação de anteprojeto de lei, com o fito de que a antiga caracterização do chamado "Bosque dos Buritis" como área reservada, área verde, ou logradouro público seja considerado, para efeito de alienação ou doação, como bens essencialmente patrimoniais ou disponíveis.

46. Sem o cumprimento de semelhante providência, lícito não é ao Estado praticar os atos preconizados e autorizados pela já citada Lei n.º ... 6.532, de 16 de fevereiro de 1967.

É o parecer.

PROCURADORIA DO JUDICIAL E CONTENCIOSO, em Goiânia, 29 de maio de 1967.

FIANCIAMENTO BANCÁRIO — SEGURO OBRIGATÓRIO

— O Banco do Estado de Goiás, equiparado a instituição financeira pública, não poderá realizar operações ativas de crédito com as pessoas jurídicas e firmas individuais que não tenham em dia os seguros obrigatórios por lei.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Parecer n.º 2.767/67

Autor: Moacir Martins de Oliveira

Procurador do Estado

O BANCO DO ESTADO DE GOIÁS, em consulta formulada por sua diretoria, pede o entendimento dos artigos 11 e 12 do Decreto federal n.º 60.459, de 13.3.67, publicado no Diário Oficial da União, edição de 20 de março do ano em curso, que dispõe sôbre o Regulamento de Seguros Privados, do seguinte texto:

"Art. 11 — As instituições financeiras públicas não poderão realizar operações ativas de crédito com as pessoas jurídicas e firma individuais que não tenham em dia os seguros obrigatórios por lei, salvo mediante aplicação de parcela de crédito, que fôr concedido, no pagamento dos prêmios em atraso."

Art. 12 — Os bancos e demais instituições financeiras inscreverão a prova da realização dos seguros legalmente obrigatórios nas respectivas exigências cadastrais."

Linhas adiante, assim se expressando sôbre suas dúvidas interpretativas do referido texto regulamentar:

"a) — o BANCO DO ESTADO DE GOIÁS S/A está enquadrado entre as instituições financeiras públicas a que se refere o art. 11 acima citado?"

"b) — em caso negativo, por que então a exigência contida no Regulamento a que nos referimos?".

2. Como se depreende da leitura da consulta formulada, o BANCO DO ESTADO DE GOIÁS S/A quer saber se está tal estabelecimento bancário enquadrado entre as instituições financeiras públicas, aludidas no artigo 11, "caput", retro citado, para o efeito da exigência de seguros obrigatórios para com seus compromitentes por empréstimos de financiamento.

3. Preliminarmente, cabe esclarecer qual a posição do BANCO DO ESTADO DE GOIÁS S/A entre as instituições financeiras. Vale ressaltar que a Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que implantou a reforma bancária no Brasil, diploma legal que, permanentemente, deverá estar presente nos órgãos diretores das instituições bancárias públicas federais, não federais, e bem daquelas instituições financeiras privadas, dispondo sôbre tais instituições, assim se expressa em seu artigo 24:

"Art. 24 — As instituições financeiras públicas não federais ficam sujeitas às disposições relativas às instituições financeiras privadas, assegurada a forma de constituição das existentes na data da publicação desta Lei."

4. Para mais claro entendimento sôbre onde se encontra enquadrado o BANCO DO ESTADO DE GOIÁS S/A entre as instituições financeiras públicas, mister se faz transcrever alguns outros dispositivos do citado Decreto federal n.º 60.459, "in verbis":

"Art. 9 — Sem prejuízo do disposto em leis especiais, são obrigatórios os seguros de:

a) — danos pessoais a passageiros de aeronaves comerciais;

b) — responsabilidade civil dos proprietários de veículos automotores de vias terrestres, fluvial, lacustre e marítima, de aeronaves e dos transportes em geral;

c) — responsabilidade civil do construtor de imóveis em zonas urbanas por danos a pessoas ou coisas;

d) — bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras públicas;

e) — garantia do cumprimento das obrigações do incorporador e construtor de imóveis;

f) — garantia do pagamento a cargo de mutuário da construção civil, inclusive obrigação imobiliária;

g) — edifícios divididos em unidades autônomas;

h) — incêndio e transporte de bens pertencentes a pessoas jurídicas, situadas no País ou nêle transportados;

i) — crédito rural;

j) — crédito à exportação, quando concedido por instituições financeiras públicas."

"Art. 10 — As instituições financeiras do sistema nacional de crédito rural enumeradas no artigo 7.º da Lei n.º 4.829, de 5.11.65, que concederem financiamento à agricultura e à recuária, promoverão os contratos de financiamento e de seguro rural concomitante e automàticamente."

§ 1.º — O seguro obedecerá às normas e limites fixados pelo CNSP, sendo obrigatório o financiamento dos prêmios pelas instituições de que trata êste artigo.

§ 2.º — O seguro obrigatório ficará limitado ao valor do financiamento, sendo constituída a instituição financeira como beneficiária até a concorrência de seu crédito,

valendo transcrever-se o texto artigo 2.º, da Lei n.º 4.829, de 5.11.65, que define crédito rural, aludido na alínea "i" do artigo 9.º, acima transcrito, e o do artigo 7.º, da mesma Lei, para melhor caracterizar a posição do BANCO DO ESTADO DE GOIÁS S/A entre as instituições financeiras, como segue:

~~tituições financeiras, como segue:~~

Art. 2.º — Considera-se crédito rural o suprimento

de recursos financeiros por entidades públicas e estabelecimentos de crédito particulares a produtores rurais ou a suas cooperativas para aplicação exclusiva em atividades que se enquadrem aos objetivos indicados na legislação em vigor."

"Art. 7.º — Integrarão básicamente, o sistema nacional de crédito rural:

I — O Banco Central da República do Brasil, com as funções indicadas no artigo anterior;

II — O Banco do Brasil S. A., através de suas carteiras especializadas;

III — O Banco de Crédito da Amazônia S. A. e o Banco do Nordeste do Brasil S. A., através de suas carteiras ou departamentos especializados; e

IV — O Banco Nacional de crédito Cooperativo.

§ 1.º — **Serão vinculados ao sistema:**

I — de conformidade com o disposto na Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964:

a) — O Instituto Brasileiro de Reforma Agrária — IBRA;

b) — O Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário — INDA;

c) — O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico — BNDE.

II — **Como órgãos auxiliares, desde que operem em crédito rural dentro das diretrizes fixadas nesta Lei:**

a) — **Bancos em que os Estados participem com a maioria das ações;**

b) — **Caixas Econômicas;**

c) — **Bancos Privados;**

d) — **Sociedade de crédito, financiamento e investimentos;**

e) — **Cooperativas autorizadas a operar em crédito rural.**

§ 2.º — Poderão articular-se ao sistema, mediante convênios, órgãos oficiais de valorização regional e entidades de prestação de assistência técnica e econômica ao produtor rural.

§ 3.º — Poderão incorporar-se ao sistema, além das entidades mencionadas neste artigo, outras que o Conselho Monetário Nacional venha a admitir.",

dispositivos êstes que definem bem, enquandrando, claramente, o BANCO DO ESTADO DE GOIÁS S/A, entre as instituições financeiras públicas, nos têrmos do artigo 10, do Decreto federal n.º 60.459, lembrando-lhe a obrigação que lhe cabe, relativamente à exigência do seguro obrigatório, quando da prática de operações ativas de crédito, de que trata o artigo 9.º ao mesmo Decreto.

5. Nesta conformidade, entendo que o Poder Público, com tais dispositivos legais, no momento em que por meio de uma fiscalização indireta, comete às instituições financeiras públicas e àquelas que lhes estão vinculadas o encargo de exigir prova do cumprimento da exigência do seguro obrigatório e nos casos enumerados no artigo 9.º do Decreto federal n.º 60.459; do mesmo passo, procura maior segurança nas referidas operações de financiamento e a solvência dos compromissários de referidos empréstimos, notadamente nos casos de crédito rural, exigindo que tais operações sejam garantidas em sua evicção por meio do seguro obrigatório, neste caso, fazendo-o em benefício da instituição financeira promotora do financiamento, até à concorrência do crédito, nos têrmos do parágrafo segundo do artigo 10, do mesmo Decreto, objeto da presente consulta.

É o parecer.

PROCURADORIA FISCAL, em Goiânia, 31 de agôsto de 1967.

FUNCIONÁRIO AUTÁRQUICO — ÓRGÃO DE DIREITO PÚBLICO — LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

— Os servidores que integram o quadro de pessoal da OSEGO, ainda que sujeitos à legislação trabalhista, são considerados funcionários públicos autárquicos, à vista de sua vinculação à administração estadual, por servirem a um órgão de Direito Público.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Parecer n.º 436/66

Autor: José Cruciano de Araújo

Procurador do Estado

1. O Superintendente da ORGANIZAÇÃO DE SAÚDE DO ESTADO DE GOIÁS — **OSEGO** — solicita desta Procuradoria elaboração de estudo a respeito do regime de trabalho das classes de médico e auxiliares, frente ao Decreto número 54.061, de 28 de julho de 1964, que regulamentou a Lei Federal 4.345, de 26 de junho de 1964, e à Lei, também Federal, sob o número 2.641, de 9 de novembro de 1955 (consta 1965, na inicial de fls. 2).

2. A OSEGO é uma autarquia estadual, vinculada à Secretaria do Govêrno, com sede em Goiânia e jurisdição em todo o Estado, sendo suas finalidades precípuas a prestação de assistência médico-hospitalar e a promoção da higiene dos alimentos (artigo 1.º da Lei 4.920, de 14 de novembro de 1963).

3. Na qualidade de autarquia estadual, tem quadro próprio, aprovado pelo Governador do Estado, aplicando-se ao seu pessoal a legislação trabalhista (artigo 6.º e seu § 1.º do mesmo diploma).

4. São suficientes os dispositivos acima transcritos à elaboração do estudo solicitado pelo Superintendente da OSEGO.

5. Como se sabe, a OSEGO substituiu na organização administrativa do Estado de Goiás a extinta Secretaria de Saúde e Assistência. Foi, inegàvelmente, uma inovação que me parece inédita no sistema administrativo do País, porquanto a prestação de assistência médico-hospitalar, assim como as atividades educacionais, ao lado de outras, sempre constituíram finalidade primacial e permanente do Estado. Dessarte, era para continuar, mesmo por tradição, na administração centralizada.

6. Entendeu o Govêrno, no entanto, talvez para dar-lhe maior flexibilidade, além de permitir-lhe maiores facilidades na obtenção de recursos de organizações privadas e públicas, nacionais ou internacionais, transformar a Secretaria em órgão autárquico, vinculado à Secretaria do Govêrno.

7. Ora, as autarquias perseguem um fim de interêsse próprio que se confunde com o interêsse público. Segundo THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, os benefícios que tiram de sua atividade não recaem sôbre os seus sócios, porque não os têm, mas sôbre a generalidade dos indivíduos que se queiram aproveitar de suas atividades, ou melhor, na expressão feliz de RAGGI são entes públicos que têm vontade própria, mas cuja finalidade específica se confunde com a do próprio Estado.

8. A criação de uma autarquia constitui um processo técnico, u'a maneira de descentralizar o serviço, por meios de órgãos que gozem das prerrogativas de direito público. Êste processo, além do mais, é de todo satisfatório sob o ponto de vista da organização e da técnica administrativa, porque permite uma diferenciação na estrutura e nos processos de administração, de acôrdo com as peculiaridades de cada serviço, de cada finalidade. Não ficam êles, portanto, adstritos, limitados aos modelos e contrôles rígidos que caracterizam as repartições estatais e os sistemas burocráticos. A lição é ainda de THEMÍSTOCLES CAVALCANTI.

9. Sendo a OSEGO uma autarquia, nem por isso perdeu sua qualidade de órgão de direito público, pois, sua capacidade de auto-administração está intimamente ligada ao Estado, a cujos interêsses acha-se prêsa. Tem patrimônio próprio e atribuições estatais específicas. Integra o Organismo estatal.

10. Nesse sentido, HELY LOPES MEIRELES, em seu apreciado "Direito Municipal Brasileiro", estabelece a distinção de autarquia e entidades paraestatais, aduzindo que a primeira é pessoa jurídica de direito público, com função pública típica; entidade paraestatal é pessoa jurídica de direito privado, com função pública atípica, delegada, permitida ou autorizada pelo Estado. A autarquia é **intraestatal;** a outra é **extra-estatal**. A autarquia está **no Estado;** o ente paraestatal se situa **fora** do Estado, **ao lado** do Estado, **paralelamente** ao Estado, como indica o próprio étimo da palavra **paraestatal**.

11. Importante para essa caracterização é o fato de à OSEGO terem se transferido as antigas finalidades da Secretaria de Saúde, ao lôngo da noção de que ao Estado cabe promover o bem-estar geral, de que a saúde é parte essencial, o que nos leva a transcrever a seguir a lição de BIELSA, quando faz a diferenciação da função pública e do serviço público:

> "Em princípio, a função pública é o abstrato e o geral, enquanto que o serviço é o concreto e o particular. Entre as funções do Estado atual, são essenciais a defesa da soberania, a de assegurar a paz interna, a de promover o bem-estar geral, etc. Essas funções as realizam, respectivamente, o exército, a polícia, os estabelecimentos de instrução pública, o correio, o telégrafo nacional etc., mediante a ação de órgãos submetidos a autoridades, que **ordenam** e **executam**, em suas respectivas esferas de competência. Estas autoridades realizam uma função do Estado e nesta função os agentes que representam o Estado são funcionários públicos". ("Ciência de la administración" — Rosário, 1937, pág. g9).

12. A. NOGUEIRA DE SÁ, em seu "Do Contrôle Administrativo Sôbre as Autarquias", ao mesmo tempo em que reclama a inexistência no Direito Público brasileiro de regime orgânico das entidades autárquicas, informa que a autarquia é um serviço público personalizado, e personalizado, precisamente, para que assim possa (razão de ordem técnica) mais eficientemente promover a consecução do bem coletivo. Em seguida, acha que a autarquia deve **necessàriamente:**

> a) — exercer atividade específica, regulada por duas ordens de normas: — **as editadas pelo Estado, que a controla, e as adotadas pela autarquia, na conformidade daquelas;**
>
> b) — corresponder, tão perfeitamente quanto possível, aos fins para que foi criada, de onde lhe cumpre, peremptòriamente, executar os seus encargos, funcionando de modo contínuo, eficiente e a par de todos os progressos da técnica relacionada com os seus serviços;
>
> c) — preservar, quanto possível, o seu estado econômico-financeiro, sem prejuízo da fiel execução do serviço que, por fôrça de sua natureza, é prestado, sempre, como o é prestado diretamente pelo Estado, sem intuito de lucro;
>
> d) — prestar ao Estado ou à sua administração direta, assim como às outras autarquias, demais pessoas de direito público e concessionários de serviço público, a colaboração possível, dentro de suas fôrças, observadas as normas legais.

13. Por aí se vê, portanto, que ao descentralizar as atividades ligadas à assistência médico-hospitalar, transferindo-as para as finalidades específicas de um órgão autárquico, a Lei número 4.920, sôbre não ter subtraído à OSEGO a função pública, o conservou como serviço eminentemente público, dotado da necessária fôrça de **imperium**, além de outros caracteres: existência necessária, submissão à vigilância do Estado, estrutura de direito público, privilégios de direito público, direito de utilização reconhecido a todos os cidadãos.

14. Bem, considerados os serviços públicos dentro das necessidades atuais do Estado e ainda mais quando dêles se destacam órgãos, para constituírem unidades autônomas, dada a premência ou necessidade de descentralização, importante é a parte relativa ao pessoal atendidas a sua natureza e finalidade.

15. Essa particularidade é relevante, porquanto existem categorias de funcionários que não se podem colocar dentro de um mesmo quadro, nem equiparar-se à generalidade dos funcionários públicos, conforme acentua muito judiciosamente o mestre THEMÍSTOCLES CAVANCANTI. "Não é por outro motivo que se tem reiteradamente excluído nos diversos projetos de estatuto certas categorias de funcionários que se deverão reger por normas e estatutos especiais". Dentre êstes funcionários autárquicos.

16. Conforme tem entendido o DASP, a coletividade trabalhadora brasileira está dividida em três grandes grupos: os que trabalham em emprêsas particulares, os que trabalham nas entidades paraestatais e os que trabalham nas atividades diretamente exercidas pelo Estado, compreendendo subdivisões cada um dêsses grupos: os dois primeiros, segundo a natureza da função exercida; o terceiro grupo, a que correspondem os que trabalham em atividades diretamente exercidas pela União, é constituído de funcionários e extranumerários ou de forma genérica, pelos servidores do Estado.

17. Pela conceituação acima, deduz-se que o problema do pessoal das autarquias (que não são emprêsas particulares, tampouco entidades paraestatais) deve ser examinado dentro do terceiro grupo, ainda que incluídas as autarquias, impròpriamente, no rol dos serviços **diretamente** exercidos pela União (Estados-membros ou Municípios).

18. Querem alguns autores, por outro lado, inclusive J. GUIMARÃES MENEGALE, que a expressão **funcionário público** sòmente se aplica aos funcionários civis, isto é, os da Administração Centralizada, por partirem do pressuposto de **cargo público** como sendo aquêle pago pelos cofres da **União,** segundo expressão do Estatuto Federal.

19. Temos para nós, entretanto, que, sôbre alguns Estatutos dos Estados conceituarem cargo público como pago pelos **cofres públicos**, no que lhe dão outra amplitude, o conceito de funcionário público nesse caso é tomado por aquêles autores com referência à aplicação das normas do Estatuto dos Funcionários, vale dizer, em campo restrito aos que servem à Administração Centralizada ou a êles se equiparam, como os magistrados, embora também regulados por legislação

20. Examinando o caso da OSEGO, depois de realizada esta exposição, havemos de convir que todos aquêles que integram o seu quadro são funcionários públicos autárquicos, ainda que sujeitos à legislação trabalhista, por servirem num órgão de Direito Público, extensão mesma da Administração Central.

21. Trata-se de uma autarquia assistencial, dedicada a atividades tìpicamente estatais, cuja estrutura, pelas suas finalidades, se aproxima da organização do próprio Estatuto dos Funcionários, bem diferente das autarquias industriais, em que a manutenção de um sistema de pessoal nos moldes estatutários, em regime peculiar a funcionários públicos, viria pôr em perigo o êxito da administração autárquica e frustrar os próprios fins visados pela concessão da autonomia.

22. Sob o ponto de vista patrimonial, a OSEGO, por suas próprias finalidades, está destinada a ser sempre uma autarquia sem auto-suficiência e vivendo na dependência econômico-financeira do Estado, irrisórios como são os lucros que porventura forem obtidos pelas suas atividades remuneradas.

23. A propósito, vêm a pêlo estas palavras de OSCAR SARAIVA, encontradas em sua conferência, "A Aplicação do Estatuto ao Pessoal Autárquico", **in** "Revista de Direito Administrativo", vol. 35, página 4:

> "Um dos traços distintivos da autarquia é a sua a u t o n o m i a financeira, prerrogativa que na prática se baseia em um patrimônio próprio. A descentralização administrativa que a caracteriza não teria êxito aliás, e nem sequer razão de ser, se a vida financeira de entidade, criada sob o signo de autonomia, se devesse vincular ao Estado naquilo que a administração estatal oferece de mais rígido, ou seja, precisamente a sua gestão financeira. E a necessidade da maior maleabilidade de processos e iniciativas de administração é talvez a razão principal da delegação de atribuições do Estado a entidades autônomas. De qualquer modo, porém, as autarquias, ao serem constituídas, recebem, em suas leis institucionais, as fontes de renda que as devem suprir financeiramente, e concomitantemente, a capacidade para gerir os rendimentos assim destinados. Mas exatamente porque possuem rendimentos próprios, é que se devem cingir aos limites dêsses rendimentos em sua gestão, tal como, no âmbito privado, o **filius familias** de bom comportamento circunscreve seus gastos às fôrças das respectivas mesadas. É preciso que as despesas da autarquia com o seu pessoal não ultrapassem de percentagem que, sem exageros nem demasias, se compreenda no cômputo geral de suas despesas

Dessa exposição preliminar podemos deduzir, desde logo, duas conclusões cuja observância se impõe na fixação de normas reguladoras da situação do pessoal das autarquias: **a primeira, a de que é necessário, antes de tudo, considerar a natureza e as finalidades dêsses órgãos; a segunda, a de que é indispensável conciliar, nesse assunto, suas disponibilidades financeiras**".

24. Ora, a Autarquia de que se trata no presente caso, exerce, iniludìvelmente, atividades estatais, as mesmas que cumpriam à Secretaria da Saúde e Assistência, antes de sua extinção, e as de outros órgãos semelhantes da União e dos Estados-membros. De mais a mais, a estrutura econômico-financeira da OSEGO está em gran-

de parte subordinada às possibilidades financeiras do próprio Estado, conforme resulta das fontes de sua receita constantes de dispositivos da lei que a instituiu.

25. Entretanto, a lei instituidora da OSEGO submeteu o pessoal do seu quadro às normas de trabalho, vale dizer, à Consolidação das Leis do Trabalho à razão desta consulta —, tendo em vista a situação peculiar dos médicos e auxiliares, face aos diplomas mencionados pelo seu ilustre Superintendente.

26. Já por aí se observa como andou mal o legislador ao fazê-lo, por gerar essa situação as mais sérias dificuldades, no tocante ao regime de emprêgo do seu pessoal, num órgão público assistencial com rendas próprias escassíssimas e que deve viver sempre sob o amparo financeiro dos cofres do Estado.

27. Como se não bastasse tal circunstância, há o fato de continuarem servindo na OSEGO servidores — inclusive médicos e auxiliares — pertencentes ao Quadro Único do Funcionalismo do Estado, sujeitos, como é óbvio, às normas do Estatuto do Funcionalismo Civil. Incompreensível e inadmissível, é de ver, a adoção de regimes jurídicos diferentes a integrantes de uma mesma classe de servidores.

28. É sabido que os servidores das das autarquias não se aplicam os preceitos da legislação trabalhista, **desde que estejam êles sujeitos a regime próprio de proteção ao trabalho que lhes assegure situação análoga à dos funcionários** (art. 7.º, **d**, da CLT). De acôrdo com HÉLIO DE MIRANDA GUIMARÃES, **in** "Repertório de Jurisprudência Trabalhista", pág. 83, não se tolera mais a existência de classes de trabalhadores desprotegidas dos benefícios assegurados pela legislação do trabalho. Ou os que trabalham gozam dos favores dos Estatutos dos Funcionários Públicos ou lhes é assegurada a proteção da legislação social. Hodiernamente não se concebe párias.

29. Dada a adoção do regime da legislação trabalhista ao pessoal do seu quadro da OSEGO, não há por onde fugir: dois são os regimes de emprêgo ali: o primeiro, o do Estatuto dos Funcionários, com referência aos que integram o Quadro Único e ainda à disposição da Autarquia; o segundo, o da CLT, relacionados com os demais e admitidos pelo Superintendente.

30. Mas tampouco se infira que, ao se submeterem êstes últimos à legislação trabalhista, deixaram de ser funcionários públicos — funcionários públicos autárquicos —, em face da sua relação de emprêgo com uma entidade de Direito Público e o exercício de uma função pública. Não fôsse assim, outra lhes seria a proteção no que tange à previdência social (meios indispensáveis de manutenção por motivo de idade avançada, incapacidade, tempo de serviço, prisão ou morte), contribuinte que são todos êles do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado de Goiás (IPASGO), que tem por finalidade assegurar aos servidores do Estado de Goiás o regime de previdência e assistência social. Aliás, os servidores das autarquias são contribuintes obrigatórios do Instituto goiano.

31. Por não perderem a condição de funcionário é de aplicar-lhes, no que couberem (tal como o Estatuto dos Funcionários local), certos dispositivos relacionados com os funcionários públicos constantes da Carta Polítiica de Goiás, tais como, para simples exemplificação, os artigos 123, 127 e 125, que respectivamente prescrevem: que **nenhum funcionário poderá ter vencimentos inferiores ao salário-mínimo fixado para a Capital do Estado;** que o tempo de serviço prestado, ainda que em virtude de mandato eletivo à União, aos Estados, aos Territórios, ao Distrito Federal e aos Municípios, em qualquer caso, é contado integralmente para efeito de aposentadoria e disponibilidade; **e que o período normal de trabalho é de trinta e três horas semanais no máximo, exceto nos casos e condições previstas em lei**.

32. Voltando ao objeto da consulta, a nós parece que não há por que aceitar o disposto na Lei Federal número 2.641, de 9 de novembro de 1955, como diploma regulador do salário-mínimo e horas de trabalho dos médicos e auxiliares da Autarquia. Isto porque: 1.º — embora os estranhos ao Quadro Único sejam sujeitos à CLT., consideram-se funcionários, servidores que são de um órgão público e contribuintes de Instituto dos Servidores do Estado de Goiás; 2.º — a parte relativa ao salário-mínimo já está regulada na Constituição Estadual, assim como o período normal de trabalho dos servidores do Estado; 3.º — fixando a Constituição em 33 horas o período normal de trabalho, faz no entanto a ressalva: exceto nos casos e condições previstas em lei; 4.º — sendo lei entre as partes, o contrato pode fixar até o máximo de 43 horas de trabalho o horário dos servidores, desde que haja conveniência para o serviço e o pagamento das horas que excederem ao tempo normal de trabalho; 5.º — A lei n.º 2641, finalmente, regula a remuneração devida àqueles que, com o caráter de emprêgo, trabalham em **serviços médicos de natureza privada** ou em tarefas auxiliares, não sendo o caso da OSEGO, que executa serviços nitidamente de natureza pública.

33. Por outro lado, tanto o Decreto n.º 54.061 quanto à Lei Federal número 4.345, de 26 de junho de 1964, por êle regulamentada, não têm aplicação no Estado de Goiás, por se referirem aos funcionários do Serviço Civil da União, integrantes de órgãos da administração direta e das autarquias, assim mesmo não em caráter imperativo, mas facultativamente, como se infere de verbo "poderão" empregado no artigo 1º do Decreto.

34. Cremos estar assim respondida a consulta do ilustre Superintendente da OSEGO, colocando-se esta Procuradoria ao seu dispor ao tempo em que surgirem novas dificuldades decorrentes da dicotomia com que se estabeleceram os regimes jurídicos daqueles que servem ao seu quadro de funcionários.

PROCURADORIA DOS NEGÓCIOS ADMINISTRATIVOS, em Goiânia, 18 de janeiro de 1966.

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — MANDATO ELETIVO — GRATIFICAÇÃO ADICIONAL E SALÁRIO-FAMÍLIA

— O funcionário público estadual afastado para cumprir mandato eletivo não tem direito a perceber gratificação adicional. Ao se afastar do cargo que exerce, deixa o servidor de receber o vencimento, quando faz opção, e, como consequência, perde as vantagens que lhe estão incorporadas.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Parecer n.º 1.760/67

Autor: João Sandes Filho

Procurador do Estado

1. Visa o Dr. WILMAR DA SILVA GUIMARÃES, Procurador do Estado, ora no desempenho do mandato de deputado federal, ter assegurada a percepção da gratificação adicional e salário-família, suspensa quando de sua opção pelos subsídios parlamentares, os quais não incluem aquêles benefícios.

2. Dividamos, para melhor clareza no exame do mérito, o assunto em duas partes: na primeira, tratar-se-á da gratificação adicional e na outra será cogitado o salário-família.

3. A gratificação adicional, deferida ao funcionário por quinquênio de efetivo serviço público, incorpora-se aos vencimentos para todos os efeitos.

4. É a regra inscrita nos artigos 112, da Constituição Estadual, e 120 da Lei n.º ... 4.100, de 6 de julho de 1962 — Estatuto dos Funcionários Públicos Civís do Estado de Goiás.

5. A incorporação torna o adicional integrante do próprio vencimento e, como tal, insuscetível de destacar-se para ser auferido isoladamente.

6. A norma é invalescida pelas contínuas pontificações doutrinárias e reiteradas decisões jurisprudenciais.

7. Preleciona, sôbre a matéria, J. Guimarães Menegale, em seu "O Estatuto dos Funcionários":

> "Sob o aspecto formal, fundem-se numa só figura o vencimento e seu acessório: a gratificação por tempo de serviço. Logo, não se desintegram. Logo, a gratificação incorpora-se ao vencimento. Do ponto de vista material, não é menos evidente a integração". — (Obra citada, vol. I. pág. 408).

8. Ao preferir os subsídios, o requerente deixou à margem os vencimentos do cargo estadual e, em decorrência, a gratificação adicional que lhes está incorporada.

9. Não poderá tê-la, portanto, em separado, eis que, concedido o benefício, fundem-se vencimento e adicional, para constituir um todo indivisível.

10. Operar-se a separação seria implicar na quebra de uma unidade legalmente estabelecida.

11. Adite-se, ademais, não obstante bastar o que se já disse, que o próprio art. 128, da invocada Lei 4.100, vem confirmar que aquela modalidade de gratificação apenas se percebe conjuntamente com o vencimento, ao qual se atém em permanente ligatura.

12. Quanto ao salário-família, também descabe, em nosso entendimento, ser recebido distintamente.

13. A asserção ressumbra do rigorismo em que está vazado o art. 113 do Estatuto local dos funcionários, prescrevendo que o salário-família será pago ao servidor ativo, inativo ou em disponibilidade, salvo quando deixar de receber o vencimento, remuneração, salário ou provento.

14. Com o exercitar a faculdade optativa deixou o interessado de receber o vencimento, donde como consequência natural, não se poder conferir-lhe o salário-família enquanto perdurar a opção.

15. Configura-se o preceito, evidentemente, em um dispositivo injusto, por anti-social, vez que o benefício se destina, de forma indireta, aos dependentes.

16. Já o Estatuto dos Funcionários Públicos Civís da União regula a matéria de modo bem liberal, introduzindo em seu art. 141 que o salário-família será pago ainda nos casos em que o funcionário deixe de perceber vencimento.

17. Comentando-o, ensina Themístocles Brandão Cavalcanti:

> "Aqui se estabelece a autonomia do salário-família, no conjunto do sistema de retribuição do serviço ou na inatividade.
>
> Sòmente desaparecendo os laços e as relações decorrentes da função pública, pela perda da condição de funcionário, é que perde-se o direito ao salário-família.
>
> Mesmo no caso de licença sem vencimento, subsiste o salário-família, direito mais do filho do que do funcionário. (In "O Funcionário Público e o seu Regime Jurídico" vol. II, pag. 51).

18. Para Menegale:

> "Mais uma vez se atende ao princípio de valor o benefício do salário-família, não ao funcionário a quem concede, mas àquele a quem indiretamente se destina. Tanto assim que, privado do vencimento ou remuneração, o funcionário ativo ou inativo, não se suspenderá o pagamento do benefício a seus dependentes. (Obra já aludida, pág. 390).

19. Funda-se, portanto, a garantia quanto ao recebimento do salário-família, em motivação de caráter social, dizendo, sobretudo, respeito à concessão familial.

20. Não está, nesse particular, o nosso Estatuto dessujeito a que se inquine de desatender

princípios de cunho eminentemente social, pois o recebimento do salário-família deveria, ao invés de desarazoável restringenda imposta, consubstanciar-se, em quaisquer situações, num indiscetável direito do servidor.

21. Concluímos, por fôrça das fundamentações expendidas, pela denegação do pedido.

PROCURADORIA DOS NEGÓCIOS ADMINISTRATIVOS, em Goiânia, 11 de maio de 1967.

IMPÔSTO **INTER VIVOS** — EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 5

— A fonte autorizada para arrecadar o impôsto de transmissão inter vivos, no período de 1962 a 1966, é a da Prefeitura do município da situação do imóvel.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Parecer n.º 900/67

Autor: Messias de Souza Costa

Procurador do Estado

1. O OFICIAL DO REGISTRO DE IMÓVEIS, da Comarca de Peixe, neste Estado, Sr. JOSÉ XAVIER NUNES, enviou ao Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral do Estado, pela segunda vez, o seguinte telegrama:

> "Consultoria Jurídica do Estado de Goiás — Goiânia, 1 de Peixe Go 64 67 17 12 Encareço vossência informar possível brevidade fonte autorizada arrecadar impôsto transmissão **inter vivos** títulos expedidos pelo Estado de Goiás e outros períodos 1962 a 1966 apresentados para registro no corrente ano. Escrituras pendentes registros aguardam decisão essa Consultoria. Prefeitura atacando exige recolhimento citado tributo seus cofres contrariando lei estadual em vigor. Atenciosamente José Xavier Nunes Oficial Registro Imóveis de Peixe".

2. De conformidade com o despacho de fls. 5, o Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral encaminhou-nos êste processado para reexame da matéria.

3. Examinemos, de princípio, qual a fonte legalmente autorizada para arrecadar o referido impôsto no período mencionado de 1962 a 1966. A fim de desvanecer dúvidas a respeito do assunto, vamos estender o período, tomando por base os atos de transferência do mencionado impôsto para o Município, bem como o seu retôrno ao Estado.

4. Pela Constituição Federal de 18 de setembro de 1946, o impôsto de transmissão de propriedade imobiliária **inter vivos** era da competência dos Estados, de conformidade com o seu Art. 19, item III, que dizia:

> "Art. 19 — Compete aos Estados de decretar impostos sôbre:
>
> I — ....
> II — ....
> III — transmissão de propriedade imobiliária **inter vivos** e sua incorporação ao Capital de sociedade".

5. Posteriormente, com a Emenda Constitucional n.º 5, de 21 de novembro de 1961, publicada no Diário Oficial da União, de 22 de novembro de 1961, o mencionado impôsto passou a ser da competência dos Municípios, pois assim ficou redigido o Art. 29 da Constituição Federal:

> "Art. 29 — Além da renda que lhes é atribuída por fôrça dos §§ 2.º, 4.º e 5.º do art. 15, e dos impostos que, no todo ou em parte, lhes forem transferidos pelo Estado, pertencem aos municípios os impostos.
>
> I — ....
> II — ....
> III — sôbre transmissão de propriedade imobiliária **inter vivos** e sua incorporação ao capital de sociedades".

6. A referida emenda, que instituiu nova discriminação de rendas em favor dos municípios brasileiros, começou a vigorar em todo o País, de imediato, pois, não se trata aqui de uma lei ordinária. Salvo disposição em contrário, a vigência de uma emenda constitucional se opera incontinenti. Dessa maneira, no dia 21 de novembro de 1961, cessou a competência do Estado para arrecadar o impôsto **inter vivos**, passando-se para os municípios a partir do dia 22 de novembro de 1961.

7. Houve muita controvérsia sôbre a competência dos municípios para arrecadar o mencionado impôsto no mesmo exercício, face ao que dispunha o art. 141, § 34 da Constituição Federal, que dizia:

> Art. 141 — .....
> § 34 — Nenhum tributo exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício, sem prévia autorização orçamentária, ressalvado, porém, a tarifa aduaneira e o impôsto lançado por motivo de guerra".

8. Cessada a competência do Estado para arrecadar o impôsto **inter vivos,** êste teria que ser arrecadado pelos municípios, a partir de 22 de novembro de 1961, porém, existia, à época, um dispositivo constitucional que impedia, de um modo geral, a cobrança de impostos em cada exercício sem prévia autorização orçamentária. Referimo-nos ao § 34, do Art. 141 da Constituição Federal, antes transcrito.

9. No caso em aprêço, tal dispositivo ficou superado em razão da transferência inesperada de competência.

10. Como é axiomático, não poderiam os municípios fazer constar na lei de meios a previsão de um impôsto que não lhe pertencia. A interpretação de uma lei não po-

de ser feita em sentido restrito. O intérprete terá que perquirir os princípios que notearam os legisladores na sua feitura.

11. Não quis o Congresso Nacional, ao votar a Emenda n.º 5, deixar um vácuo na legislação para ensejar uma anistia temporária, em favor de uma pequena parcela do povo, pois, em assim fazendo, estaria contrariando o princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei (Art. 141, § 1.º da C. F.). Desde longos anos vinham os municípios brasileiros lutando por uma nova discriminação de rendas. O fascículo publicado pela Associação Brasileira dos Municípios, em julho de 1956, sob o título "Reforma Constitucional — Nova discriminação de Rendas e outros itens da seção I do Temário do IV Congresso Nacional de Municípios — Emendas da A. B. M.", já continha essa reivindicação. Não seria depois de longos anos de peleja que os municípios iriam deixar de arrecadar imediatamente aquilo que se lhe havia transferido através de uma reforma constitucional.

12. Para dissipar essa incerteza, o Excelso Pretório, em acórdão unânime, publicado pela Revista de Direito Administrativo, vol. 72, abril-jnho 1963, ao interpretar a Emenda Constitucional n.º 5, repeliu com veemência a tese esposada por um cidadão que pretendia isentar-se do pagamento do impôsto **inter vivos**, alegando a "vacatio legis". Vale a pena conhecer o inteiro teôr do acórdão a que nos referimos; por essa razão, passamos a transcrevê-lo:

IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO — COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS

Interpretação da Emenda Constitucional n.º 5.

SUPREMO RIBUNAL FEDERAL

Nunzio Calabria versus Prefeitura Municipal de S. Paulo. Recurso em mandado de segurança n.º 10.461 — Relator: Sr. Ministro — GONÇALVES DE OLIVEIRA.

Acórdão Brasília, 17 de outubro de 1962.
Visto etc.

A. C. Lafayette de Andrade, Presidente.
Gonçalves de Oliveira — Relator.

Acorda o Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, negar provimento ao Recurso, de acôrdo com as notas taquigráficas.

Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira.

Senhor Presidente, Nunzio Calabria, tendo sido promulgada a Emenda Constitucional n.º 5, requereu mandado de segurança para isentar-se do pagamento do impôsto de transmissão **inter vivos** para alienação de imóvel, porque com a transferência constitucional do tributo para o Município não estava êle sendo cobrado com a prévia autorização orçamentária.

A segurança foi denegada em primeira e segunda instância (fls. 49-55 e 77-79), donde o presente recurso, assim apreciado pela Procuradoria Geral:

"Pela Emenda Constitucional n.º 5 o impôsto de transmissão **inter vivos**, que era arrecadado pelo Estado, passou à competência do Município. A Emenda entrou em vigor em 22 de novembro de 1961, o que deu margem a alguma dúvida no tocante à imediata aplicação. E foi a bordo dessa dúvida que o recorrente embarcou, valendo-se do mandado de segurança para esquivar-se do pagamento do tributo incidente sôbre operação que realizou.

Mas não tem qualquer resquício de razão. A Emenda Constitucional, ao transferir a competência da cobrança do tributo, mandando que ela se fizesse imediatamente, a partir da publicação da Emenda, transferiu, por óbvio, todo o elenco de formalidades legais já cumpridas. A previsão orçamentária por exemplo, que se configura sob título próprio e se acrescenta do aumento vegetativo, de exercício para exercício, ficou, lògicamente, convalidada. A diferença, todavia, é que o quantum previsto a partir da vigência da Emenda passaria a ser subdividido entre as Municipalidades, às quais se transferiu o poder de arrecadar.

O dever para o Fisco, já o sabia o recorrente, sôbre ser obrigação tradicional, não poderia constituir numa válvula de benesse e generosidade aberta no corpo da Constituição. Será realmente otimismo acendrado admitir que o legislador votou a Emenda n.º 5 com o intuito dadivoso de criar um hiato de isenção para as operações imobiliárias efetuadas entre 22 de novembro e 31 de dezembro. Não houve, em suma, a **vacatio legis**. Ocorreu, simplesmente, a doação, pelo Município, do sistema de cobrança, até então na esfera de competência do Estado.

O deslocamento constitucional, determinado pela discutida Emenda, teve fôrça imperativa de determniar a transferência da competência da cobrança, sacramentada no plano municipal com as formalidades anteriormente cumpridas pelo Poder Estadual. A prevalência hierárquica do legislador Federal, ao se utilizar de emenda à Constituição, é vigorosa e basta para suprir a ausência de providências legais e regulamentares de podêres menores, em que o recorrente esteia o seu clamor.

A emenda visou a proteção dos cofres municipais e não alforria para com o Fisco dos que pudessem transacionar em certo período.

A cobrança é legítima e inexiste direito e muito menos direito líquido e certo e merecer o remédio heróico.

Distrito Federal, 20 de agôsto de 1962 — OLAVO DRUMMOND. Procurador da República.

Aprovado:

EVANDRO LINS E SILVA, Procurador Geral da República.

É Relatório.

VOTO

O Sr. Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA (Relator) — A meu ver, a emenda transferiu o impôsto com a legislação adequada para cobrança até alteração pela legislação municipal.

Como acentou, com acêrto o acórdão recorrido, a prevalecer a tese esposada pelo agravante, estar-se-ia, contra tôda lógica jurídica, incorrendo no pecado da "exatação dos conceitos", de que pala Erich Danz, com subestimação dos motivos, razões e fins colimados pela Emenda Constitucional. De resto, como salientou a bem elaborada sentença de primeira instância, a exoneração tributária reclamada pelo impetrante conflita com o princípio da igualdade de todos perante a lei, ou perante o fisco, eis que importa em dispensar do pagamento do impôsto uma minoria ocasional, quando no mesmo exercício, outros e por certo, em maior número, arcaram com o ônus fiscal.

Não foi êste evidentemente o escopo da norma constitucional. Acima dos conceitos, não percamos de vista a realidade. O legislador jamais pretendeu isentar contribuintes e nós não podemos interpretar as leis contra seu escopo declarado.

Nego provimentos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negaram provimento à unanimidade.

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Lafayette de Andrade.

Licenciados para tratamento de saúde, os Exmos. Srs. Ministros Pedro Chaves e Luis Gallotti.

Tomaram parte no julgamento os Exmos Srs. Ministros Cunha (substituto do Exmo. Sr. Ministro Barros Barreto, que se acha licenciado), Vitor Nunes Leial, Gonçalves de Oliveira, Vilas-Boas, Cândido Mota Filho, Ari Franco, Haphemann Guimarães, Ribeiro da Costa".

13. Bem esclarecido ficou que os municípios tiveram competência para arrecadar o **inter vivos**, a partir de 22 de novembro de 1961. Vamos agora dizer quando cessou essa competência.

14. Os artigos 9.º e 26, ambos no **caput**, da Emenda Constitucional n.º 18, de 01 de dezembro de 1965, dizem:

> "Art. 9.º — Compete aos Estados o impôsto sôbre a transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza ou por cessão física como definidos em lei, e de direitos reais sôbre imóveis, exceto os direitos reais de garantia".
>
> "Art. 26 — Os tributos de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios, vigentes à data de promulgação desta Emenda, salvo o impôsto de exportação, poderão continuar a ser cobrados até 31 de dezembro de 1966. devendo nesse prazo, ser revogados, alterados ou substituídos por outros, na conformidade do disposto nesta Emenda".

15. A Emenda 18 foi expressa quando disse que os impostos poderiam ser cobrados até 31 de dezembro de 1966. Assim, o impôsto de transmissão imobiliária **inter vivos**, no período compreendido entre 22.11.61 e 31.12.966, é devido aos Municípios.

16. O consulente deseja saber com referência aos títulos expedidos pelo Estado de Goiás, se estão ou não sujeitos ao **inter vivos**, nesse período que mencionamos.

17. O art. 1.129, do Código Civil, assim expressa:

> "Art. 1.129 — Salvo cláusulas em contrário, ficarão as despesas da escritura a cargo do comprador e a cargo do vendedor as de tradição".

18. O conceituado J. N. de Carvalho Santos, ao comentar êste artigo, em seu Código Civil Brasileiro Interpretado, volume XVI, 8.a Edição, págs. 51/52, diz:

> "As despesas da escritura abrangem os impostos, os emolumentos ao tabelião, quando a venda fôr pública, etc.
>
> Correm, igualmente, por **conta do comprador**, as despesas com a transcrição de imóveis, ou o registro do título, se à venda fôr de bens móveis, bem como o **pagamento dos impostos de transmissão de propriedade que forem devidos.**" (grifamos).

19. Entende-se perfeitamente que. à falta de cláusula expressa, o pagamento do impôsto de transmissão imobiliária **inter vivos** corre por conta do comprador, mesmo em se tratando de título expedido pelo Estado.

20. Ora, se entre 22/11/961 a 31|12|966 o impôsto **inter vivos** era dos Municípios, não poderia o Estado isentar o contribuinte dêsse impôsto, por faltar-lhe competência para tal. O poder de isentar é consequência do poder de tributar; logo, quem não tem poder para tributar, não o tem para isentar.

21. Dessa maneira, mesmo os títulos ou escrituras expedidas pelo Estado estão sujeitos ao pagamento do impôsto **inter vivos**, salvo quando a União, Estado ou Municípios forem partes ou quando ocorrer a isenção dada pelo próprio município. Caso contrário, não há diferença entre o título ou escritura expedidos pelo Estado, com uma escritura comum de particular para particular.

22. Devemos ressaltar que a dúvida suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis deverá ser solucionada pelo Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Comarca de Peixe, nos têrmos do Art. 76, item I, número 3, do Código de Organização Judiciária do Estado — Lei n.º 6.400, de 22 de novembro de 1966, que diz:

> "Art. 76 — Compete ao Juiz de Direito:
>
> I — ADMINISTRATIVAMENTE:
>
> 1) — ....
> 2) — ....
> 3) — resolver as dúvidas suscitadas pelos escrivães, tabeliães, oficiais dos registros geral, especial e civil e dos funcionários do fôro".

23. De qualquer maneira, a PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO tem sempre atendido a quaisquer consultas, principalmente em se tratando de assunto de interêsse da Fazenda Pública.

24. Fizemos essa pequena ressalva apenas para lembrar ao consulente da necessidade de encaminhar sua dúvida diretamente ao Exmo. Sr. Dr. Juiz da Comarca, a fim de que êle, com a competência que lhe é atribuída, indique a solução para o assunto. Nem por isso deixaremos de responder à consulta formulada e, assim fazendo,

Informamos ao Senhor JOSÉ XAVIER NUNES, Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Peixe, que a fonte autorizada para arrecadar o impôsto de transmissão **inter vivos** dos títulos expedidos pelo Estado de Goiás e outros, no período de 1962 a 1966, apresentados para registro no corrente ano, é a Prefeitura do município da situação do imóvel. Se o imóvel estiver situado no município de Peixe, a fonte autorizada para arrecadar, consequentemente, é a Prefeitura Municipal de Peixe, durante o período mencionado.

É o parecer, **sub censura**.

PROCURADORIA FISCAL, em Goiânia, 8 de março de 1967.

JUIZ — APOSENTADORIA — ZONA DE GUERRA — PROVENTOS DA CLASSE IMEDIATAMENTE SUPERIOR

— O Juiz, embora não seja considerado funcionário público, estrito senso, o é em sentido lato.

—. A Lei n.º 2.512, de 3 de agôsto de 1959, usou a expressão "funcionário do Estado", e não "funcionário público", quando concede a aposentadoria aos ex-combatentes com 25 anos de serviços prestados ao Estado. Dêsse dispositivo salta à vista a intenção do legislador de abranger a todos os servidores do Estado, sem distinção de categoria, sem discriminação de Poder: se do Executivo, Legislativo ou Judiciário.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Parecer n.º 3.174/65

Autor: Hellion de Barros Oliveira

Procurador do Estado

1. Nestes autos, GERALDO PINTO FIGUEIREDO, Juiz de Direito, de 3.a entrância da Comarca de Jataí, contando com mais de vinte e cinco (25) anos de serviços prestados ao Estado, alegando sua condição de ex-combatente, requer sua aposentadoria.

2. Os presentes autos já foram objeto de estudo por esta Especializada, tendo sido devolvido à repartição de origem a fim de que o interessado fizesse prova, mediante certidão, de seus servicos prestados em ZONA DE GUERRA, definida pelo Decreto n.º 10.490-A.

3. GERALDO PINTO FIGUEIREDO, Juiz de Direito de 3.a entrância, da Comarca de Jataí, requer sua aposentadoria, com proventos correspondentes ao Cargo de Desembargador, por contar com mais de vinte e cinco (25) anos de serviços prestados ao Estado, fundando a sua pretensão no artigo 1.º, da Lei Estadual n.º 2.512, de 3 de agôsto de 1959, que reza:

"Art. 1.º — Aos ex-combatentes goianos e aos não goianos, mas associados da Associação dos Ex-Combatentes do Brasil, Secção do Estado de Goiás, na data da promulgação desta Lei, ficam concedidos os seguintes benefícios:

a — ....
b — .....
c — ....
d — promoção à letra imediatamente superior, na época de sua aposentadoria.

e — aposentadoria, quando do funcionário do Estado, com 25 anos de serviço".

4. De fato, a invocada Lei n.º 2.512 confere aos ex-combatentes, convocados de guerra do Estado de Goiás, o direito de aposentar-se, nas condições ali estabelecidas, ao completar 25 anos de serviços prestados ao Estado.

5. A Secção Administrativa da Secretaria do Tribunal de Justiça, via da informação de fôlhas 12 e 13, ratificada pela informação de fôlha 23, observadas as disposições do Código Judiciário do Estado, liquida o tempo de serviço do suplicante em vinte e seis (26) anos, nove (9) meses e quatro (4) dias, dos quais doze (12) anos, quatro (4) meses e três dias 3), como Auxiliar de Escritório, Calculista e Contabilista, do Poder Executivo.

6. São, assim, pressupostos dos funcionários do Estado ao benefício da aposentadoria aos 25 anos completos de serviços, segundo expressão do artigo 1.º da citada Lei Estadual n.º 2.512:

> "Ser ex-combatente goiano ou ex-combatente não goiano, mas inscrito na Associação correspondente, Secção de Goiás".

7. As condições exigidas pela precitada lei, para efeito de aposentadoria, estão comprovadas, porque: 1) pelo documento de n.º 1, junto aos autos, verifica-se que o suplicante, ex-convocado de guerra, quando de sua convocação na última guerra mundial, "foi incorporado no 6.º Batalhão de Caçadores sediado no litoral Paulista na Cidade de Iguape; 2) pela certidão fornecida pelo Comando Militar de Brasília e 6.º Batalhão de Caçadores, nota-se que a cidade de Iguape estava delimitada como zona de guerra, conforme delimitava o Decreto n.º 10.490, letra **h** (doc. secreto); pelo letra **h** (dec. secreto); pelo documento de n.º 2, anexado, o suplicante demonstra a sua condição de filiado à Secção Goiana da Associação dos Ex-combatentes de Guerra"; 4) pela informação de fôlhas 12 e 13, da Seção Administrativa da Secretaria do Tribunal de Justiça, o suplicante teve o seu tempo de serviço liquidado em 26 anos, 9 meses e 4 dias.

8. Quanto à liquidação de seu tempo de serviço, para os efeitos pretendidos nos presentes autos, temos que dar como boa e valiosa a informação de fôlhas 12 e 13, por partida de Órgão competente para fazê-lo.

9. No que concerne à sua condição de ter servido em zona de guerra, isto resulta evidente da definição dada pelo artigo 1.º do Decreto n.º 10.490-A, de 25 de setembro de 1942, e, posteriormente, de certidão fornecida pelo 6.º Batalhão de Caçadores — COMANDO MILITAR DE BRASÍLIA, certificando que o requerente (Geraldo Pinto Figueiredo) **deslocou-se para as localidades de Cananéia e Iguape, Estado de São Paulo, delimitadas como zona de guerra**.

10. Feitas estas considerações, vejamos agora se o suplicante, na qualidade de magistrado, estaria também beneficiado pelos favores da citada Lei n.º 2.512.

11. O referido diploma legal, assegura aos Ex-Convocados de Guerra, quando "funcionário do Estado" (expressão textual), o direito de aposentar-se aos 25 anos de serviço, com proventos correspondentes ao símbolo imediatamente superior.

12. Não resta a menor dúvida de que tem sido objeto de controvérsia a questão de saber se o juiz é considerado funcionário público ou não. Na opinião de renomados tratadistas, êle o é **lato sensu**. Todavia, diante da controvérsia, existente, é oportuno trazer para aqui a valiosa opinião de MÁRIO GUIMARÃES, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, que em lúcido comentário afirma:

> "Será o juiz funcionário público? Em sentido etimológico, tôda a pessoa que desempenha funcão pública o é. Funcionários blico. O Presidente da República é funcionário púserão, ainda, os deputados, os senadores, os governadores de Estado, os juízes. BISCARETTI DI RUFIA, ao tempo da Monarquia italiana, apontava os descendentes da Coroa como funcionários públicos (5).
>
> Mas além de tal acepção, outras se admitem mais ou menos reduzidas ou extensas, conforme a natureza da matéria. Em Direito Penal, pareceria à primeira vista, que deveria o conceito ser restrito. A necessidade, todavia, de evitar ou punir a corrupção que exercitam, ainda que passageiramente, funções do Estado, levou a lei e a jurisprudência (6) a admitirem a amplitude O artigo 327 e seu parágrafo único do Cód. Penal Brasileiro declara: "Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitòriamente ou sem remuneração exerce cargo, emprêgo ou função pública". E acrescenta mais:
>
> "Dá-se ao conceito de funcionário a extensão máxima para alcançar até pessoas estranhas que exerçam transitòriamente com remuneração ou sem ela, funções públicas. Por maior razão, compreendida há de estar, nos limites do Estatuto legal, a função do juiz.
>
> No Direito Administrativo, alguns autores pretendem limitação (7). Há reconhecer que no art. 2.º do Código dos Funcionários Públicos (Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952), se acolhe sentido dilatado: "Para os efeitos dêste artigo", diz a lei, "funcionário é a pessoa legalmente investida em cargo público. Dúvida não há de que o juiz é pessoa legalmente investida em cargo público.
>
> Para THEMÍSTOCLES CAVALCANTI "pelo fato de constituírem um dos podêres, não se poderia deixar de reconhecer no juiz as características dos funcionários públicos, dado o regime jurídico de sua vida funcional. Pouco importam peculiaridades que caracterizam o seu regime; isto justificaria apenas a elaboração de um Estatuto especial.
>
> "Há casos, todavia, em que essa velha questão perde interêsse, porquanto, embora não sejam os juízes, em sentido estrito funcionários, **o são em sentido lato**, na qualidade de servidores públicos. Como consequência, alguns dispositivos de ca-

ráter geral estatuídos em benefício dos funcionários, e especialmente os que regulam licenças, **aposentadorias**, gôzo de adicionais, etc., etc., **se aplicam aos magistrados**. Tais, por exemplo, os dos arts. 192 (11) e 193 (12) da Constituição Federal. Os Estatutos dos Funcionários Públicos Civis da União e os estaduais, nos respectivos Estados, são supletivos, pois, da legislação concernente à magistratura, desde que bem claro fique, não haja sôbre a matéria normas específicas e não contrariem as garantias e restrições explícitas ou implícitas que se encontram na Constituição Federal ou a própria índole das funções judicantes (13)".

São acusados os juízes de se valerem do predicado de funcionários, se é para lucrar, e de o repelirem, quando os prejudica. Pois isto está rigorosamente dentro dos cânones da boa hermenêutica: **odiosa restrigenda, favorabilia amplianda.**

> As leis reguladoras de serviços, de situações, embora de ordem pública admitem interpretação extensiva. As limitadoras da liberdade, as que estabelecem punições, essas é que hão de ser interpretadas estritamente". (in O JUIZ E A FUNÇÃO JURISDICIONAL, 1.a ed. 1958, págs. 36/40, de MÁRIO GUIMARÃES).

13. Face a comentários tão brilhantes e criteriosos, temos de convir que o juiz, embora não seja considerado funcionário público, estrito senso o é em sentido lato.

Demais disso, não se justifica hodiernamente a distinção para determinados efeitos, da função pública segundo os atos que a constituem. Consagrado a um serviço do Estado em função permanente, remunerada pelos sofres públicos, o indivíduo é funcionário público, **lato senso**.

14. Ocorre ainda que a Lei 2.512 usou a expressão textual "funcionário do Estado" e não "funcionário público" quando concede o benefício da aposentadoria aos ex-combatentes com 25 anos de serviços prestados ao Estado de Goiás. Dêsse dispositivo, salta à vista a intenção do legislador de abranger a todos os servidores do Estado, sem distinção de categoria, sem discriminação do Poder: se do Executivo, Legislativo ou Judiciário. Diz o texto legal invocado, em têrmos genéricos: "quando funcionário do Estado".

15. Ora, em casos que tais, isolar o magistrado, com apoio no fato de não ser considerado funcionário público, estrito senso, estar-se-ia violando o princípio da isonomia, consagrado na Constituição Federal.

16. Assim, ainda que o magistrado não seja funcionário público, estrito senso, há de ser forçosamente, "funcionário do Estado", como integrante que é de um Poder que expressa e executa a vontade do Estado. E essa vontade se volta para a realização de um fim público.

17. Ora, onde o legislador não distinguiu implícita ou expressamente, não é dado ao intérprete a ampla faculdade de distinguir, ou pior, restringir direitos. Entendemos que, no caso da Lei 2.512, o legislador não teve a intenção de restringir o mesmo benefício aos que, integrando os quadros de outro Poder, atendem às condições ali estabelecidas; e se isto não bastasse, é perfeitamente jurídico a aplicação no presente caso do princípio da **benigna amplianda**, tão comum e geralmente acatada em nossos tribunais quando se trata de interpretar leis de caráter social.

18. Espancada essa dúvida, restaria saber se ao suplicante caberia o direito de ser aposentado, como requer, com proventos na inatividade, da classe imediatamente superior, ou seja, de Desembargador.

19. Segundo expressão da letra **d**, da citada Lei n.º 2.512, aos combatentes goianos é concedido o benefício de promoção à letra imediatamente superior, na época de sua aposentadoria.

20. Se assim é, ao Juiz de 3.a entrância, de padrão M-VII, estaria assegurado o direito de aposentar-se com proventos iguais aos vencimentos de Desembargador (padrão M-VIII), que é imediatamente superior ao de que é titular efetivo o suplicante.

21. Tenha-se em conta, no concernente a essa parte do pedido, que é princípio de hermenêutica de que se deve ampliar o favorável nas disposições de vantagens ou proteções. De outra parte, em casos como os dêstes autos, a aplicação se pode dar por **analogia, que é processo supletivo** de interpretação, cujo objetivo é sempre preencher as lacunas, obscuridades e deficiências da lei.

22. Por conseguinte, tendo em vista tudo isso, entendemos que a pretensão do suplicante encontra amparo na letra "d", do art. 1.º da Lei n.º 2.512.

23. Face ao exposto, opinamos pela aposentadoria do requerente na classe imediatamente superior.

É o nosso parecer.

PROCURADORIA DE NEGÓCIOS ADMINISTRATIVOS, em Goiânia, 21 de setembro de 1965.

LEI INCONSTITUCIONAL — NULIDADE E INEXISTÊNCIA DA LEI

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Parecer

Autor: Prof. Jacy de Assis

Procurador-Geral do Estado

Consulta do Sr. Governador do Estado sôbre os arts. 139, 140 e 141 das Disposições Transitórias, da Constituição Estadual de 13.5.67.

I. OS FATOS

Na Constituição Estadual de 13 de maio de 1967 foram incluídos êstes dispositivos:

> Art. 139 — Ficam mantidas, na entrância em que se encontravam em 31 de janeiro de 1967, tôdas as comarcas judiciárias do Estado.
>
> Art. 140 — O atual Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás poderá ser revisto, no presente ano legislativo, sem as limitações do § 3.º do art. 71.
>
> Art. 71 — § 3.º — Sòmente de cinco em cinco anos, salvo proposta do Tribunal de Justiça, poderá ser alterada a organização judiciária.

O Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás fôra aprovado pela Lei n.º 6.400 de 22 de novembro de 1966, publicada no **Diário Oficial** de 5 de dezembro de 1966 (n.º 10 153).

Dêle, êstes dispositivos:

> Artigo 8.º — A classificação de entrâncias das comarcas só poderá ser alterada, a qualquer tempo, por lei e mediante proposta do Tribunal de Justiça.
>
> Art. 466 — Em vigor o presente Código, o Tribunal de Justiça fica autorizado a proceder à revisão e à reclassificação das comarcas do Estado, na conformidade do disposto nesta Lei.

Face ao preceituado no art. 466 do C. O. J., o Tribunal de Justiça organizou as listas de promoções de Juízes para as comarcas de Pontalina e Buriti Alegre, enviando-as ao Sr. Governador, para as nomeações.

O Sr. Governador devolveu as listas; o Tribunal de Justiça, na sua reunião plena de 7 de junho de 1967, por unanimidade de votos, manteve as indicações e recambiou as listas ao Poder Executivo.

Usando da faculdade expressa pelo art. 3.º do Decreto-lei n.º 216, de 27 de fevereiro de 1967, o Sr. Governador do Estado representou ao Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral da República sôbre a constitucionalidade dos arts. 139, 140 e 141 da Constituição do Estado, em 9 de junho de 1967.

II. O CONTRÔLE DA CONSTITUCIONALIDADE

A lei, como ato legislativo, é ato jurídico, declaração de vontade que se destina a constituir, modificar ou extinguir relações de direito.

Como tal, subordina-se a requisitos imprescindíveis, cuja ausência acarreta sua inexistência ou nulidade.

A doutrina já estabeleceu a diferença entre o ato nulo e o ato inexistente; aquêle, existente, porém inválido por lhe faltar algum requisito; êste, ato que o direito não legitima. A inexistência é assim a falta de sua legitimidade, nos quadros de direito (1).

O ato só existe em aparência, sendo apenas essa aparência que se discute (2).

III

Não interessa examinar a doutrina do contrôle da constitucionalidade das leis, dogma pacífico em nosso direito (3), mas apenas, em rápida síntese, mostrar que a lei institucional não é nula, **mas inexistente**.

O prof. ALFREDO BUZAID asseverou que "sempre se entendeu, entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que tôda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula". Mas, na conclusão de sua assertiva, êle funde a nulidade com a inexistência, pois continua: "a eiva de inconstitucionalidade atinge a lei no bêrço, fere-a **ab initio**; ela não chegou a viver: nasceu morta; não teve nenhum momento de validade" (4).

Se a lei nasceu morta, não chegou a viver, não teve sequer um momento de validade, **claro que inexistiu**.

COOLEY E ORDRONNAUX, citados por BUZAID, escreveram que o ato legislativo contrário à Constituição **nada tem de lei**, não é lei, e, como aos tribunais cumpre executar **só o que fôr lei**, "não lhes resta outra faculdade senão declarar **inexistente** êsse ato da legislatura" (4).

E JOHN MATHEWS, criticando a expressão lei inconstitucional, registra-lhe a originalidade:

> "Stricly speaking, the phrase an unconstitucional law is a contradiction in terms; if it is a law, is cannot be unconstitucional, while, on the other hand, if it is unconstitucional, it cannot be a law" (5).

Inconstitucionalidade e inexistência são conceitos equivalentes.

IV

A melhor doutrina brasileira caminha neste sentido, embora se faça, vez por outra, confusão entre nulidade e inexistência (6).

Durante muito tempo, foi afirmado que, mesmo inconstitucional, a lei devia ser cumprida, até que o Judiciário lhe proclamasse o vício.

A doutrina evoluiu porém em sentido mais amplo, sustentando, com acolhida nos tribunais, não ser apenas do Poder Judiciário o monopólio de contrôle da inconstitucionalidade, mas que êste pode também ser exercido por qualquer dos podêres do Estado, especialmente o Executivo.

Êste não está obrigado a executar a lei inconstitucional, mas, ao contrário, deve recusar-se a cumpri-la, porque, como bem observou o Ministro CÂNDIDO MOTTA FILHO, "o zêlo pela intangibilidade do regime não é, por certo, privilégio do Judiciário, uma vez que todos os Podêres da República são guardas da Constituição" (7).

O princípio dominante, pois, é o de que a apreciação da constitucionalidade de uma lei não é privilégio do Poder Judiciário, mas cabe a cada Poder do Estado, no exercício de suas funções específicas (8).

V

A lei inconstitucional é inconstitucional para todos os podêres; a diferença entre o contrôle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade por outros podêres reside em que o primeiro é definitivo **hic et nume**, enquanto a segunda está sujeita a exame posterior pelas côrtes de justiça (9).

Nenhum desaprêço do Executivo ao Legislativo ao negar-lhe cumprimento da lei inconstitucional, pois êste não pode pretender-se imune ao êrro.

RUY BARBOSA asseverou que, quando o Judiciário considera a lei inconstitucional, êle não a está revogando, mas apenas desconhecendo-a (10).

E MIRANDA LIMA acentua que o Executivo tem o **direito-dever** de não aplicar a lei flagrantemente inconstitucional:

> "Desconhecendo a lei desconforme à Constituição, que lhe corre o dever de manter, defender e cumprir, o Poder Executivo não faz mais, no campo em que se move e com fôrça que lhe é própria, do que o Poder Judiciário na sua esfera de ação e com a fôrça de arbítrio que põe remate à controvérsia: não dá à lei aplicação, por exorbitante, no todo, ou em parte, das faculdades constitucionais do Poder Legislativo.
>
> Não a revoga ou derroga. Não a revê, sequer.
>
> ... Êsse proceder, tradutor de dever que lhe impõe a lei fundamental, não caracteriza pois invasão de competência do Legislativo, nem daquela inerente ao Judiciário" (11).

O prof. MIGUEL REALE, invocando a tradição jurídico-constitucional norte-americana, diz parecer irrecusável a conclusão de que o Executivo não está obrigado ao cumprimento de leis inconstitucionais, porque elas nenhum efeito jurídico produzem e a ninguém obrigam (12).

VI — A SUSPENSÃO DA VIGÊNCIA

Embora inexistindo como lei, não tendo vida, a lei inconstitucional **existe** em aparência e é esta aparência que se discute.

Daí, declarada a inconstitucionalidade dela pelo Judiciário, não fica ainda revogada, mas apenas inaplicável ao caso concreto; por isso, a Mesa do Senado lhe suspende a execução (Const. art. 45, IV).

Esta suspensão lhe cassa a executoriedade.

Suspensa a norma, não mais poderá qualquer Tribunal voltar a examiná-la (13), porque deixou de existir em aparência.

No mesmo sentido há de entender-se o disposto no parágrafo único do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 216/67, porque o Poder Constituinte timbrou em não tolerar nenhum dispositivo, nas cartas estaduais, contrário às normas de diploma federal.

E preceituou a **suspensão liminar** dêle como antecipação à ação declaratória.

VII — REPRISTINAÇÃO DA LEI ESTADUAL

A repristinação ocorre em duas hipóteses:

a) pela revogação de uma lei, de modo expresso ou tácito;

b) pela suspensão da vigência ou da execução de uma lei.

HAROLDO VALADÃO, na exposição de motivos ao seu anteprojeto de **lei geral da aplicação das normas jurídicas,** explicou que não estabeleceu preceito especial sôbre a matéria, por desnecessário:

> "Se uma lei revoga uma lei revogatória doutra é evidente que desejou o restabelecimento da primitiva lei revogada; do contrário, seria uma lei inútil. Não há como impor ao legislador a obrigação de dizê-lo expressamente" (14).

OSWALDO DE FREITAS acentua que, no direito pátrio, não há repristinação **tácita**, mas que esta não é repelida pela doutrina; o problema é de interpretação, porque o nosso sistema jurídico não comporta a **vaccum legis**. Repousa êle no **princípio da continuidade das leis,** também chamado **princípio da legalidade ou estado de direito.** (15).

Isto significa que há de haver uma lei em vigor, durante a suspensão da vigência da disposição impugnada, na hipótese do art. 3.º do Decreto lei n.º 216/67.

A lei inconstitucional é lei inexistente, não tendo pois nenhum efeito revogatório de lei a que ela se refere expressa ou tàcitamente; dar-se-á na hipótese uma repristinação imprópria.

A **suspensão liminar,** estatuída na espécie pelo Poder Constituinte, para a ação declaratória e direta de inconstitucionalidade distingue-se da **suspensão** determinada pelo Senado Federal, apenas no efeito que outorga à repristinação: no primeiro caso, ela é provisória; no segundo definitiva.

VIII. CONCLUSÃO

a) os arts. 139 e 140 (16) da Constituição Estadual de 13.05.1967 nasceram mortos e são pois **inexistentes;**

b) — a representação sôbre a constitucionalidade, feita pelo Sr. Governador, com efeito suspensivo dos dois textos, na sua vigência, foi apenas atestado de óbito para êles;

c) — encontram-se em pleno vigor os arts. 8.º e 466 do Código Judiciário do Estado.

NOTAS

(1) JOÃO DE OLIVEIRA FILHO. **Ato inexistente** verbete em **Repertório** Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 5, p. 27.

(2) EDUARDO ESPINOLA, citando PLANIOL, **Dos fatos jurídicos,** vol. III tomo IV, do Manual do Código Civil Brasileiro, ed. de 1932, n. 29, p. 66; CUNHA GONCALVES, **Tratado de Direito Civil,** 2.ª ed., de 1955, vol. I, Tomo I, n .64, nota A, p. 449.

3) ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, em **Revista Forense** vol. 123, p. 347, e em **Revista da Faculdade de Direito de Pelotas,** vol. II, ano III, n. I, p. 785; ROSAH RUSSOMANO DE MENDONÇA LIMA, em **Revista da Faculdade de Direito de Pelotas,** ano, de 1957, n. II, p. 95. e em **Estudios Jurídicos** em memória de Couture, Montevideo, 1957. p. 666, e **Manual de Direito Constitucional,** ed. de 1964, p. 403; CASTRO NUNES, **Teoria e Prática do Poder Judiciário** ed. de 1943, p. 580; LÚCIO BITENCOURT, **O Contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis,** ed. de 1949; RUY BARBOSA. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo,** ed. de 1899; EMMANUEL MATA, em **Revista Forense,** vol. 172, p. 575; ANHAIA MELO, **Os princípios constitucionais e a sua proteção,** ed. de 1966. S. Paulo; ALFREDO BUZAID, **Da ação direta de declarações de inconstitucionalidade no direito brasileiro,** ed. de 1958, S. Paulo.

(4) Ob. cit., n. 58, p. 128 e 130.

(5) Citado por MIGUEL REALE, em parecer de março de 1963, em Arquivos do Ministério da Justiça, setembro de 1965, n. 95, p. 44; e também por ANHAIA MELO, ob. cit., p. 10.

(6) JOSÉ FREDERICO MARQUES, artigo no **Estado de São Paulo,** de 18 de maio de 1958; FRANCISCO CAMPOS, Direito Constitucional, vol. II, p. 431; PONTES DE MIRANDA, **Os fundamentos atuais do direito constitucional,** ed. de 1932, p. 404.

— LÚCIO BITTENCOURT: "a lei, no caso, não é nula, ou ineficaz, mas simplesmente inexiste como lei" (ob. cit., p. 133).

(7) Em Revista dos Tribunais, vol. 323, p. 344.

(8) MIGUEL REALE, THEMISTOCLES CAVALCANTE, MIRANDA LIMA, ADROALDO MESQUITA DA COSTA, pareceres em **Arquivos do Ministério da Justiça,** vol. 95, setembro de 1965, ps. 37/69; em Revista Forense vol. 212, p. 41, e vol. 214, p. 50.

— ADROALDO MESQUITA DA COSTA confessou, corretamente, haver mudado de opinião, pois esposava doutrina oposta em anterior parecer.

— Acórdãos do S. T. F., de ... 14.3.1966 em Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 37, de 1966, p. 493, e de 10.8.1960, em Revista dos Tri-

bunais, vol. 316, p. 545, em **Revista de Direito Administrativo,** vol 59, p. 344. Do T. J. de Minas Gerais, de ..... 22.4.1953, em Diário Forense, de .... 25.5.1953, de 25.5.1953 Do T. J. de Guanabara, de 10.X.1963, em **Revista Forense,** vol. 212, p. 145. Do T. J. de São Paulo, de 18.8.1961, em Revista dos Tribunais, vol. 323, p. 341.

(9) FREDERICO MARQUES, em o **Estado de São Paulo,** de 1.º de julho de 1962: "Se a última palavra sôbre a questão está com os juízes e tribunais, nada impede, porém, que os outros podêres também a resolvam na esfera de suas atribuições".

— Pareceres citados em **Arquivos,** vol. 95, p. 37/69.

(10) Ob. cit., p. 97.

(11)Arquivos do Ministério da Justiça, cit., vol. 95, p. 58.

(12) Arquivos, cit., vol. 95, p. 44.

— No mesmo sentido, parecer do Procurador do Estado, Dr. Oscar Sabino Junior, em 12.9.1963, em Revista de Direito, da P. G. E., vol. I, p. 67.

(13) ROSAH RUSSOMANO MENDONÇA LIMA, Manual de Direito Constitucional, cit., p. 419; ALFREDO BUZAID, ob. cit. n. 36, p. 88.

(14) Anteprojeto oficial, ed. de 1964. p. 45.

(15) **Introdução à ciência do Direito,** ed. de 1967, p. 77.

(16) A inconstitucionalidade aqui é gritante, ostensiva, flagrante. Organizando a justiça dos Estados, a Constituição Federal declarou, expressamente, que sòmente de cinco em cinco anos, salvo proposta do Tribunal de Justiça, poderia ser alterada a organização judiciária (art. 136, § 5.º).

— No texto da Constituição estadual, o princípio foi reproduzido (art. 71. § 3.º).

Entretanto, o art. 140 destruiu o princípio, abrindo-lhe uma brecha para uma reforma à revelia do Tribunal de Justiça.

OBRAS — FALTA DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA — SITUAÇÃO DE FATO — INDENIZAÇÃO

— Não tendo ocorrido concorrência pública, nem sua dispensa, não se formaliza o contrato legal e, de consequência, há de reconhecer-se a nulidade do ato contratual. Porém, tem o contratante o direito de obter remuneração pelos serviços prestados, a fim de que não haja injusto enriquecimento da Administração.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Parecer n.º 858/65

Autor: Oscar Sabino Júnior

Procurador do Estado

1. Versa o presente a respeito de vistoria, medição e avaliação de serviços executados pela firma GEORGE YUNES & CIA. LTDA., na GO-79, no trecho Filadélfia-BR-14.

2. Segundo a ORDEM DE SERVIÇO (fls. 4), a firma em referência foi autorizada a executar as obras discriminadas na proposta de fls. 2.

3. Em 1.º de setembro de 1962, o Diretor Geral do DER-GO nomeou uma Comissão (Portaria n.º 259), composta de três engenheiros, para proceder à medição final dos serviços executados na Rodovia GO-79, no trecho já referido.

4. Pela Portaria n.º 324, de 18.10.62, nomeou-se nova Comissão (fls. 10), porém, logo após substituída por outra (Portaria n.º 168|63), com o mesmo objetivo.

5. No dia 28 de maio de 1962, a última Comissão designada apresentou circunstanciado relatório sôbre os serviços executados pela firma GEORGE YUNES, acompanhado da medição final procedida, no qual concluiu: "A estrada encontra-se em condição normal de trânsito, necessitando de reparos rotineiros, de conserva e aplicação de cascalho nos pontos críticos".

6. A mencionada Comissão avaliou as obras, de conformidade com a medição final efetuada, em Cr$ 5.800.920 (cruzeiros antigos).

7. Instada a opinar, a Procuradoria Judicial do DER-GO, em seu Parecer de fls. 22, após alegar a inobservância de prescrições legais na execução das obras, sugere o encaminhamento de expediente ao Chefe do Poder Executivo, solicitando dispensa de concorrência pública, já que tal providência não fôra adotada anteriormente.

8. Via de ofício de fls. 23, o então Diretor Geral do DER-GO, engenheiro Mário

Mendes Rezende, solicita a dispensa da concorrência, objetivando a regularização do processo.

9. O então titular da Secretaria do Planejamento, apreciando a matéria, observa, dentre outras coisas, o seguinte:

> "Em 1961, eu. como Secretário Executivo do então Conselho Superior de Planejamento e Coordenação, tomando conhecimento da inoperância do DER-GO, levei o fato ao conhecimento de Vossa Excelência, quando fiz notar a necessidade de construírmos estradas em 1961, mesmo que fôssem em caráter pioneiro. O ano se esgotava e pelo Plano de Govêrno devíamos construir alguma estrada, Dr. Geraldo D'Abadia Pina, alegava não dispor de máquinas. Aventamos, então, a hipótese de se aproveitar as máquinas do empreiteiro, paradas em um acampamento ao longo da BR-14, Belém-Brasília, vez que as firmas empreiteiras do sul não se disporiam a colocar máquinas. a longas distâncias, para pequenos serviços. A instalação da Colônia de Araguacema reclamava fôsse feita uma ligação com urgência.
>
> Com a permissão de Vossa Excelência, eu e o então Diretor do DER-GO, fomos à casa do Sr. George Yunes, empreiteiro e dono das máquinas referidas, e fizemos-lhe um apêlo no sentido de abrir uma estrada pioneira que permitisse o acesso à Colônia Bernardo Sayão, no município de Araguacema, bem como outras estradas mencionadas no presente proiesso, ficando o Diretor do DER-GO encarregado de determinar as providências necessárias à regularização dos pedidos que formulamos e que, após entendimentos com o Sr. George Yunes, tornaram-se em "Ordem de Serviço."
>
> "... Cabia ao Diretor do DER-GO formalizar o processo. inclusive com a dispensa da concorrência pública. Houve negligência em regularizar o processo e em fiscalizar se as obras estavam sendo bem feitas ou não. Verdade é que os trabalhos foram realizados em caráter pioneiro e ninguém em sã consciência poderá desejar encontrar serviço durável quando êle é feito com essa característica e depois fica abandonado sem um mínimo de conservação. De minha parte, já que nunca recuei frente às consequências de meus atos, penitencio-me do êrro cometido e estou pronto a pagar por êle, bastando para tanto que Vossa Excelência classifique assim a intenção que me moveu. Os recursos previstos para o pagamento das obras feitas eram os do ano de 1961 e de 1962. os quais desconhecemos em que foram empregados pelo então Diretor do DER-GO. Em concorrência ou não, errado ou não, alguns serviços foram feitos, conforme atestam as medições e servicos feitos devem ser pagos".

10. Colhe-se das peças dos autos a certeza de que, no caso, era obrigatória a concorrência pública, ou, configurada a impossibilidade de sua realização dentro dos prazos estabelecidos na Lei, tendo em vista circunstâncias imprevistas ou de interêsse do Estado. que não permitissem delongas, ter-se-ia de recorrer à dispensa da concorrência pública.

11. A Constituição Estadual, em seus artigos 175 e 183, estabelece:

> "Art. 175 — As concessões de obras de serviços públicos estaduais e municipais, serão precedidas de concorrência pública ou administrativa, salvo nos casos definidos em lei.
>
> "Art. 183 — Aplicam-se ao Estado e aos Municípios, no que não contrariar os dispositivos desta Constituição, as leis de Contabilidade Pública.

12. A Lei n.º 488, de 18 de julho de 1951, vigente à época em que os serviços foram executados, dispõe que "as obras do Estado serão executadas por administração, ou concorrência administrativa, ou pública" (art. 1.º), e que o Estado sòmente executará obras por administração, quando fôr impossível a concorrência pública. ou ocorrência de calamidade pública que exija pronto socorro, ou dispondo de mão de obra gratuita, determinando, ainda. em seu art. 20, que "nos casos omissos, aplicam-se as leis de contabilidade pública".

13. O caso discutido nos presente autos é singular, e não está previsto nas leis de contabilidade pública. Estamos diante de uma **situação de fato e seria**, agora, impraticável, que se procedesse à dispensa da concorrência pública, pois esta providência deveria ocorrer antes da execução das obras.

14. Houve, evidentemente, negligência da então Diretoria do DER-GO que, ante a proposta formulada pela firma George Yunes (fls. 2). deveria ter promovido o expediente necessário à dispensa da concorrência. No entanto, sòmente após a expedição da "Ordem de Serviço" (em 1961, fls. 4), bem assim da execução das obras, pediu-se a dispensa (11/7/63) da Concorrência, como se infere do ofício de fls 23.

15. Mas essa dispensa não ocorreu, pois disso não dão notícia os autos, senão de que o então Chefe do Poder Executivo houvesse concordado com a empreitada das obras, pelo seu caráter de pioneirismo e de urgente necessidade, na ocasião.

16. Por tudo isso, não foi possível a lavratura do contrato para a execução dos trabalhos, o qual, mesmo ocorrendo dispensa de concorrência, é indispensável.

17. A concorrência é exigida pela Administração Pública como Procedimento preliminar dos contratos administrativos. Tem o fim de propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público. dentro dos padrões estabelecidos pela Administração. Ao propósito, são oportunos os seguintes comentários de HELY LOPES MEIRELLES:

> "Entre nós, a concorrência está regulada pelo Código da Contabilidade Pública (Lei Federal n.º 4.536, de 28/1/1922), e. no ção financeira dos Estaque respeita à Administração financeira dos Estados-Membros e Municípios, a legislação precedente se acha complementada pelo Decreto-lei federal n.º 2.416, de 17 de julho de 1940 (27).

Essas leis exigem que os contratos Administrativos sejam precedidos de **concorrência pública**, ou de **concorrência administrativa**, ou de **tomada de preços**, conforme a natureza e importância do negócio a realizar. Tal exigência, a despeito de estabelecida por normas federais, é obrigatória tanto para os contratos da União. como dos Estados-Mmebros e Municípios, assim como para os de suas autarquias e entidades paraestatais constituídas com patrimônio público.

.. ..

Segundo a nossa legislação a concorrência é, em regra, obrigatório para os cntratos administrativos e para a alienação de bens públicos, sendo dispensada nos casos excepcionais que a lei especifica.

A concorrência é dispensável: a) para aquisições em que o interêsse público não permita a publicidade, ou nas que, por circunstâncias imprevistas, não seja admissível a demora exigida pelos prazos normais, a juízo da autoridade competente.

"... Dentro dêsses critério legal. se nos afigura igualmente dispensável a concorrência para serviços especializados que só determinado profissional ou emprêsa esteja em condições de realizar satisfatòriamente, bem como quando não tiver havido pretendente ao serviço ou à obra em concorrência anterior". ("Direito Administrativo Brasileiro", pág. 243/5).

18. Por conseguinte. na hipótese, o procedimento normal é a concorrência pública, cuja dispensa, como se viu, só se justifica em casos excepcionais.

19. Todavia, tendo em conta os elementos que informam o presente processo, os serviços executados pela firma George Yunes podem ser considerados como de essencial interêsse ao desenvolvimento econômico do Estado, portanto, de caráter prioritário e, de outra parte, com exiguidade de tempo para a sua execução. De consequência. seria perfeitamente justificável a dispensa da concorrência pública ou administrativa, com apoio no art. 246 do Código da Contabilidade Pública.

20. Porém, é certo que essa providência não se efetivou, pelos motivos alegados pelo então titular da Secretaria do Planejamento e Coordenação.

21. Assim, não tendo ocorrido prévia concorrência pública, não se formalizou a contratação das obras. Do fato, sendo indispensável prévia concorrência pública, sòmente com a regular realização desta, poder-se-ia formalizar a contratação das obras. Sem a concorrência, seria de inquirir de nulidade o contrato, porque feito com desobediência à lei.

22. No caso, ocorre a circunstância de que houve a aceitação proposta da firma (fls. 2), delineando-se para logo a promessa de contrato futuro, é dizer, a figura do contrato preliminar que, regra geral. é obrigatório. É certo também que houve, de ambas as partes, a intenção clara de estabelecer o vínculo jurídiio a ser reduzido a esirito, mediante contrato definitivo. Posteriormente, houve a aieitação das obras, que foram

vistoriadas, medidas e avaliadas por uma Comissão designada pelo Diretor do DER-GO.

23. Ainda assim, poder-se-ia alegar a nulidade de tal contrato, pois certo é que a quem contratou, irregularmente, com a Administração Pública, não cabe o direito de reclamar os esperados lucros, ou cláusula penal. ou perdas e danos pelo inadimplemento, verbas que, sòmente se perfeito o contrato, seriam de pretender. Tem o contratante, porém, o direito de obter remuneração pelos serviços prestados, a fim de que não haja injusto enriquecimento da Administração.

24. E a remuneração deverá atender aos preços normais dos serviços, na época, não apenas o reembôlso do custo, porque, se assim não fôsse ainda ocorreria injusto enriquecimento, com obtenção de serviço por preço inferior ao normal.

25. Ora, reconhecida a nulidade de ato contratual. há de se ter o ato como não existente e, consequentemente, sem possibilidade de gerar direitos para quem quer que seja. Processa-se **ex-tunc, por** jurìdicamente inoperante. As partes retornam à situação em que se encontravam. Porém, se isto foi impossível? Admitida a hipótese, a firma há de ser indenizada com o equivalente aos preços normais dos serviços. O contrato em si não prevalece nulo. receberá o que realmente lhe fôr devido, a parte credora (cf. Marcelo Caetano, "Manual de Direito Administratico", p. 316, 3.a ed., 1951).

26. Ao propósito é expresso. aliás, o nosso Código Civil. no art. 158. Sendo nulo o contrato, não há de cogitar-se de penalidades contratuais. Não cabe. sequer, direito a perdas e danos, porque estas são inadmissíveis nos contratos com a Administração Pública, nulos por falta de satisfação de formalidades legais, pois a parte devia atender, prèviamente, na verificação se tais requisitos eram observados (cf. Gaston Jèze, Les Principes Generaux du Droit Administratif. troisieme edition. p. 49, 1934).

27. De resto, como se trata de fato consumado e devidamente justificado, com a demonstração de que as obras, pelo seu caráter pioneiro, eram vantajosas e de interêsse do Estado, não ocorrendo, por outro lado, má fé de quem autorizou a sua execução, mediante Ordem de Serviço, poderá ser relevada a ausência da concorrência. Embora irregular, pois nem sequer dispensa ocorreu, não é de ser repudiada a autorização, por evidente a necessidade e urgência daquelas obras, restando ao Chefe do Poder Executivo. acolhidas as razões que fundamentam o presente parecer, **ratificar** o ato praticado pela direção do DER-GO, para o efeito de ser a firma interessada indenizada com o equivalente aos preços avaliados pela Comissão inidicada para proceder à medição final dos trabalhos executados, por inexistência do contrato regularmente formalizado.

28. De consequência, se acatada a solução alvitrada no presente parecer. caberá ao serviço de contabilidade do DER-GO formalizar o processo de indenização. observadas as normas financeiras e contábeis aplicáveis a operações dessa natureza, bem assim providenciar o recurso orçamentário apropriado ao pagamento da despesa.

PROCURADORIA DOS NEGÓCIOS ADMINISTRATIVOS em Goiânia, aos 10 de abril de 1965.

OBRAS PÚBLICAS — DANOS A TERCEIROS — RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

— Em havendo omissão ou negligência de órgão estatal, de que resulte prejuízos e danos a terceiros, fica o Estado, em consequência, na obrigação de repará-los.

— A responsabilidade civil do Estado há de ser encarada à luz da falta do serviço público, impessoalmente considerada.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Parecer n.º 4.239/67

Autor: Sebastião Ribeiro

Procurador do Estado

1. A IGREJA CRISTA EVANGÉLICA DE GOIÂNIA, devidamente representada por seu Pastor, Revdo. Jessé P. Alcântara, via do processo n. 1.785/66, solicita ao Departamento Estadual de Saneamento o pagamento da quantia de NCr$ 7.936,05, à guisa de indenização, em virtude de, como afirma a peticionária, ter o prédio de sua propriedade, situado à rua 7, esquina da Avenida Paranaíba, sofrido sérias avarias, decorrentes de recalques, ocasionados por solapamento do terreno, tendo êste como causa a rutura da rêde de esgôto coletora da rua.

2. Afirma que o próprio Departamento efetuou, em virtude de reclamação sua, reparos imediatos na rêde. Essa, também, a conclusão do laudo pericial oferecido pelo Engenheiro Willer A. Fonseca, que vistoriou o prédio, a pedido da suplicante (fls. 3 do processo), concluindo que os danos foram causados por infiltração de água, ocasionada por rutura da rêde de esgôto da Avenida Paranaíba.

3. Nesse mesmo sentido é o laudo firmado pelos Engenheiros Orivaldo Araújo, Dario Jardim, e Paulo de Bastos Perillo, que, vistoriando o prédio, por solicitação da peticionária, concordaram com o ponto de vista do seu colega Willer A. Fonseca e subscreveram laudo idêntico ao dêste (fls. 12).

4. De ressaltar, a esta altura, que o zeloso e competente engenheiro Rivaldo Fleury Curado, do D. E. S., em seu Parecer Técnico, de fls. 6/8, não concorda com o ponto de vista do engenheiro Willer A. Fonseca, entendendo ao contrário: "O nosso parecer é que as fendas são provocadas pelo esfôrço lateral das cargas do telhado sôbre as paredes laterais, nada tendo a ver com a rêde de coletores de esgôto sanitário". Novamente, às fls. 16/17, dito profissional, procurando defender o D. E. S., discorda da opinião dos engenheiros subscritores do laudo de fls. 12/13, mantendo seu laudo anterior e concluindo pela não responsabilidade do Departamento a que pertence, nas avarias sofridas pelo prédio de propriedade da suplicante.

5. Em virtude da não concordância dos laudos dos engenheiros da suplicante com o parecer técnico do engenheiro do D. E. S., o senhor Diretor Geral, via do ofício n.º 1.285/66, de 19/10/1966, houve por bem nomear um perito desempatador, engenheiro Marcelo da Cunha Moraes, de comprovada competência e tido, nesta cidade, como um dos maiores profissionais da engenharia, além de ser um técnico de alta reputação e honorabilidade. O laudo dêsse profissional, que também foi aceito pela parte contrária, como desempatador, não deixa sombra de dúvidas; ao contrário, espanca-as, de vez que é incisivo em suas conclusões, de causa e efeito, atestando a responsabilidade do D. E. S. Afirma, categòricamente, a peça em baila: **"Houve recalques das fundações da tôrre causados pelas infiltrações de água proveniente do rompimento da rêde de esgôto"** (fls. 23/24). Rebatendo as afirmações do engenheiro do D. E. S., ou contradizendo-as, afirma o perito desempatador:

> "Da documentação manuseada, através do processo, as infiltrações foram provocadas pelo rompimento de uma rêde de esgôto que passava próximo das fundações da tôrre, já que não constatamos, nas diversas vistorias efetuadas no prédio, nenhuma outra possibilidade de infiltração".

E pergunta, a seguir, o perito desempatador:

> "foi a carga que a tôrre transmitiu ao solo que rompeu a tubulação ou foi a rutura pura e simples da tubulação do esgôto que causou o recalque das fundações?

Em sequência, responde:

> "Verificamos que as fundações foram assentadas com maior profundidade que as tubulações, logo, os cones de pressão provocados pelas fundações da tôrre não poderiam atingir as tubulações".

6. Do exposto se verifica que o próprio perito desempatador, escolhido e nomeado pelo D. E. S., conclui, de maneira categórica, pela responsabilidade daquele Órgão do Estado.

7. Entretanto, o ilustre e culto Assessor Jurídico das Centrais Elétricas de Goiás, a serviço do D. E. S., chamado a opinar, fê-lo em bem fundamentado parecer (fls. 25/30) concluindo por não estar provada e nem demonstrada a relação de causa e efeito entre os danos causados ao prédio da Igreja Cristã Evangélica de Goiânia e o rompimento da rêde de esgôto sanitário. Citando arestos de nossos mais consagrados Tribunais e juristas do porte de Orozimbo Nonato, opina pelo indeferimento da pretensão da suplicante, forte no parecer técnico do engenheiro do D. E. S. e no disposto no art. 159 do Código Civil. Dêsse parecer parece-nos necessária a transcrição de sua parte conclusiva, **verbis:**

"Para que haja dever legal de indenizar são necessárias ação ou omissão voluntária na violação de direito ou na

ocorrência de prejuízo ao patrimônio do terceiro. Não houve omissão voluntária do DES na ocorrência retratada neste processo, desde que o rompimento da rêde de esgôtos sanitários não foi o causador dos danos, sofridos pelo prédio da Igreja Cristã Evangélica de Goiânia".

8. Às fls. 32 e seguintes ingressa a suplicante com nova petição, da qual ressaltamos, por importantes ao deslinde da questão, os seguintes trechos:

> "Levado o problema ao conhecimento do Departamento Estadual de Saneamento, imediatamente determinaram-se providências no sentido de ser revisada aquela rêde coletôra de esgôto, verificando-se estar ela totalmente danificada e incapaz de satisfazer as exigências da necessidade".

> "Num período de cinco dias trocou-se tôda a rêde coletora" (fls. 32).

9. A seguir, procurando demonstrar compromisso tácito do Departamento, na reparação do dano, afirma:

> "Então, uma comissão eleita pela Administração Patrimonial, em reunião com o diretor do Departamento Estadual de Saneamento, Engo. Carlos Luciano, recebeu dêste orientação de como proceder para pleitear a indenização que lhes parecia justa receberem". (fls. 33).

10. Afirma, ainda, a petição da Igreja Cristã Evangélica de Goiânia, que ficou, na ocasião, combinado entre o Sr. Diretor do DES e a Administração da peticionária, que esta patrocinaria uma nova perícia, por engenheiros de sua confiança, cabendo ao aludido Departamento designar um técnico de seus quadros para proceder a novo exame, no local, do prédio danificado. Adita, outrossim, o petitório da suplicante que, caso houvesse, outra vez, discordância dos laudos, o DES designaria um perito desempatador, alheio a seus quadros, a fim de dar, em definitivo, solução ao problema e cujo parecer seria acatado pelas duas partes.

11. Esta assertiva parece espelhar a verdade porque o DES, realmente, designou o perito desempatador, cuja escolha recaiu na pessoa do ilustre engenheiro Marcelo da Cunha Moraes.

12. Analisando o parecer do ilustrado Consultor Jurídico da Celg, Dr. Luso Guedes de Amorim, afirma a Igreja peticionária que, em opinando contràriamente à sua pretensão, aquele Consultor:

> "Esqueceu ainda a palavra empenhada por seu Diretor, Dr. Luciano, de que o parecer do terceiro técnico funcionária como voto decisivo" — (fls. ... 33/34).

A seguir, atendendo solicitação dos pareceres técnicos e jurídicos, a Igreja suplicante informa que seu Pastor, Revdo. Jessé Pereira Alcântara, possuia e possui podêres para responder pela Igreja e para representá-la, inclusive para assinar documentos em seu nome. Faz anexar, ainda, a seu petitório, uma certidão de que a entidade está registrada no Registro de Pessoa Jurídica, sob n.º 35, 1.º A, n.º 1, fls. 39, em data de 21 de agôsto de 1943.

13. Às fls. 39 do processo, existe uma cópia do ofício n.º 1040/67, de 10 de agôsto dêste ano, pelo qual o Sr. Diretor Geral do DES solicita à Igreja Cristã Evangélica de Goiânia enviar àquele Departamento o montante por ela pretendido, a título de cobertura dos gastos efetuados nos reparos do prédio de sua propriedade. A solicitação foi atendida, via dos documentos de fls. 41/46. Tanto a conta apresentada, em duas laudas de papel, datilografadas, como as plantas, não se acham assinadas e nem autenticadas, quer por responsável técnico das obras quer por representante da entidade religiosa. Por outro lado, há êrro de soma nas duas contas apresentadas, em desfavor da pretensão da requerente. Essa circunstância, aliás, está evidenciada no parecer técnico do zeloso e ilustre Engenheiro Rivaldo Fleury Curado. Afinal, feitas as correções nas somas da conta apresentada, chega-se à conclusão de que a Igreja pretende, à guisa de indenização, a quantia de NCr$ 7.936,05 (sete mil novecentos e trinta e seis cruzeiros novos e cinco centavos).

14. Em seu parecer de fls. 48/49, o Eng.º Rivaldo Fleury Curado, opinando sôbre a conta apresentada pela Igreja, ressalta:

a) — que, com referência a material, mão de obra e despesas diversas, dentre elas carretos, deverá a Igreja anexar segundas vias dos documentos originais, em virtude de exigências quanto à prestação de contas do D. E. S. junto ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado, acrescentando que, em se tratando de autarquia sujeita a fiscalização e contrôle por aquêle Tribunal, todos os gastos necessitam ser comprovados;

b) — que as novas plantas apresentadas não estão assinadas pelo técnico responsável pela obra, não possuindo, portanto, valor como documento;

c) — que as despesas referentes à primeira e segunda fase das obras devem ser apresentadas em conta única, devidamente assinada, pois, a que foi apresentada, em duas relações, não contém assinatura de um responsável;

d) — que o CREA e Prefeitura Municipal exigem que as construções e reformas de prédios sejam administrados por profissionais legalmente inscritos nesses órgãos e, assim sendo, o recibo referente à administração das obras da Igreja deve ser passado por profissional com essas credenciais;

e) — que o montante de despesas com pintura, da ordem de NCr$ 1.429,18, pelos preços atuais da Decolar, daria para pintar tôda a edificação, em sua parte interna;

f) — que resta saber, em caso de ser feita a indenização, até que

extensão, em metros quadrados, seria lícito indenizar, sabendo-se que os reparos foram feitos apenas na parte danificada.

Êsse o parecer do técnico do DES e êste, nosso **relatório, quanto à matéria de fato**, tratada neste processo. Passamos, pois, à

QUAESTIO IURIS

15. O processo em exame nos dá notícia de um pedido de indenização, formulado pela IGREJA CRISTÃ EVANGÉLICA DE GOIÂNIA, que, como afirma, teve seu prédio danificado, em virtude de recalques, provocados pelo solapamento do terreno, devido a rutura da rêde de esgôto do DES. A própria interessada apresentou um laudo pericial firmado pelo Engenheiro Willer A. Fonseca, que afirma ter o fato se dado por êsse motivo. Roborando o ponto de vista do citado profissional, três engenheiros assinaram um laudo idêntico, dando como causa da danificação sofrida pelo prédio os recalques ocasionados pela rutura da rêde de esgôto localizada na Avenida Paranaíba, esquina da Rua 7. Os autores dêsse último laudo são os engenheiros Orivaldo Araújo, Dario Jardim e Paulo de Bastos Perillo. Todos êsses profissionais vitoriaram o prédio objeto do pedido de indenização A seguir, o DES credenciou o Engenheiro Rivaldo Fleury Curado para proceder a uma vistoria oficial na edificação, tendo aquele servidor apresentado parecer técnico discordando do ponto de vista de seus colegas de profissão. Ato contínuo, o senhor Diretor Geral daquela autarquia designou um perito desempatador, tendo a escolha recaído na pessoa do Prof. Marcelo da Cunha Morais, engenheiro altamente capacitado. O seu laudo concluiu, de maneira incisiva e clara, pela procedência das afirmativas dos quatro engenheiros, no sentido de que os danos causados ao prédio tiveram como causa a rutura da rêde de esgôtos da Rua 7, esquina da Av. Paranaíba. Trata-se de um trabalho técnico muito bem apresentado, que demonstra a relação de causa e efeito entre a rutura da rêde de esgôto e as danificações sofridas pelo prédio, em decorrência daquele evento. Ora, se o perito desempatador foi escolhido e designado pelo próprio DES; se se trata de um engenheiro e professor de alto gabarito técnico e de reputação jamais posta em dúvida; se, além de tudo, o seu laudo está de acôrdo com os de outros quatro profissionais; se o próprio Engenheiro do DES reconhece que **a rêde de esgôto sanitário existente na calçada da Av. Paranaíba foi substituída em 04.6.66 em tôda a sua extensão"** (justamente à época em que a Igreja fez a primeira reclamação escrita a respeito — cf. fls. 2, 7 e 12 do processo); não nos resta, sopesando as provas carreadas para o processo, senão concluir que a causa determinante das avarias sofridas pelo prédio da Igreja suplicante foi, exatamente, a indicada pelo perito desempatador. E, se assim foi, houve, à época **negligência do DES em substituir oporttuno tempore**, a rêde danificada e velha. Em assim se omitindo, em assim negligenciando, o DES causou prejuízos e danos à Igreja, ficando, de conseqüência, na obrigação de repará-los conforme a doutrina predominante a respeito, reforçada por copiosa jurisprudência dos mais ilustres Tribunais do País.

16. O parecer do ilustrado Assessor Jurídico da CELG concluiu que: "Para que haja dever legal de indenizar são necessárias **ação ou omissão voluntária** na violação de um direito ou na ocorrência de prejuízo ao patrimônio de terceiro". Esqueceu-se, todavia, o competente autor do parecer, de que o art. 159 do Código Civil fala, também, em **negligência** ou **imprudência**. E, em se tratando de responsabilidade civil do Estado, não se pode esquecer que o assunto está regulado, embora heterotòpicamente, de acôrdo com a melhor doutrina, pelo artigo 15 do mesmo Código. Examinemos, **prima facie**, a culpa do Estado, por negligência. Nessa matéria cumpre citar o opinadíssimo JOSÉ DE AGUIAR DIAS, em sua consagrada obra.

"**Da Responsabilidade Civil**":

"**Da culpa** caracterizada no art. 159 do Código Civil como **negligência** ou imprudência, decorrem outras noções, que demandam exame. Nesse título, estão, com efeito, compreendidas a negligência, a imprudência e a imperícia, que são tôdas formas dêsse elemento essencial: **a falta de diligência, falta de prevenção, falta de cuidado, Negligência** é a omissão daquilo que razoàvelmente se faz, ajustadas às condições emergentes à considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordena operar com atencão, capacidade, solicitude e discernimento".

"Omissão é negligência, o esquecimento das regras de proceder, no desenvolvimento da atividade".

"O mesmo se dá em relação à omissão e inércia. Ambos os conceitos exprimem o procedimento negativo, mas a **omissão** tem significado mais amplo e mais complexo. **Em essência, é culpa"**.

"**Negligência** se relaciona, principalmente, com desídia". (Op. cit., 3.a edição, 1954, pág. 139; cf. com **Lino Morais Leme**. "Da responsabilidade civil fora do contrato", S. Paulo, 1927, § 3.º, pág. 8 e **Marcos R. Cohin**, "L'abstention fautive en droit civil et penal", pág. 38).

E continua o douto jurista:

"É preciso, entretanto, observar que essas espécies se entrelaçam, e daí verificar-se a **negligência** revestida de **imprevisão,** a **imprudência** forrada do **desprêzo** pela **diligência** e pelas regras de habilidade, a **imperícia** traçada de **negligência"**.

"A **negligência** ocorre na omissão de precauções exigidas pela salvaguarda do dever a que o agente é obrigado".

"Como quer que seja, o que o nosso Código Civil tem em vista é o ato ilícito. Êste acarreta, "de si só e originàriamente, o vínculo da obrigação". Nêle, concorrem elementos objetivos e subjetivos. São requisitos da primeira categoria: o ato **contra jus, sans droit**, isto é, praticado de maneira ilícita, contra o direito; o resultado danoso; a relação causal entre o ato e o dano.

São requisitos subjetivos: a imputabilidade do agente e que tenha agido

por culpa". (Op. cit., págs. 140/141).

17. O problema da **Responsabilidade Civil do Estado** está exaustiva e magistralmente estudado por AGUIAR DIAS, em sua festejada obra, Título V, Capítulo I; ali está exposta a evolução do instituto, em nosso direito, desde tempos idos. Pela Carta Constitucional de 1937, informa o autor, ficou estabelecida a responsabilidade dos funcionários, no artigo 158. Entretanto, prossegue em seus ensinamentos:

> "Em face da Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado, quando, não se chegue a aceitar, como nós, a doutrina preconizada pelo insigne AMARO CAVALCANTI, há de ser encarada à luz da falta do serviço público, impessoalmente considerada".
>
> E prossegue:
>
> "A absoluta irresponsabilidade do Estado está, como já acentuamos, definitivamente, proscrita como doutrina. As exceções que ainda hoje se apresentam são explicáveis por motivos outros (principalmente o espírito de refinado civismo dos cidadãos da Inglaterra e dos Estados Unidos) que não os de mera resistência político-doutrinária às doutrinas assentadas".
>
> (Op, cit,. págs. 564/565).
>
> E mais adiante:
>
> "Confessamos, entretanto, do mesmo passo, nossa preferência pela doutrina objetiva, também chamada do **risco administrativo**, cujo alcance foi nitidamente esboçado em luminosos votos dos ministros **Orozimbo Nonato** e **Filadelfo Azevedo**" (Op. cit., págs. 568/569).

18. Depois de estudar, longamente, as exaustivas e luminares lições dos ministros OROZIMBO NONATO e FILADELFO AZEVEDO e de manifestar sua inteira solidariedade aos conceitos que encerram, conclui o autor **Aguiar Dias**:

> "Somos assim, pela aplicação, entre nós, da doutrina do **risco administrativo**, como a defendia já o insigne AMARO CAVALCANTI, escrevendo que "assim como a **igualdade dos direitos**, assim também a **igualdade dos encargos** é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por tôda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por êsse modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça cumulativa: **Quod omnes tangit ob omnibus debet supportari**". (Op. cit., pág. 584: **Amaro Cavalcanti**, "Responsabilidade Civil do Estado", pág. XI).

19. São de autoria do eminente tratadista atrás lembrado, AMARO CAVALCANTI, os incisivos e magistrais ensinamentos, respeitantes ao tema ora estudado:

> "... responsabilidade civil significa, tão-sòmente, a obrigação de prestar uma reparação pecuniária que restabeleça a situação patrimonial anterior do lesado, isto é, faça desaparecer a lesão sofrida por alguém..." (Op. cit. pág. 218).

20. Para concluir essas considerações de ordem doutrinária, damos a palavra, novamente, a JOSÉ DE AGUIAR DIAS, que proclama:

> "Cremos estar a salvo de contestação séria a responsabilidade do Estado como contratante ou como explorador de serviços industriais. Jamais se contestou entre nós, por exemplo, a responsabilidade integral da União pelos desastres sucedidos aos viajantes das estradas de ferro sob sua administração. Todavia, como procuramos reduzir ao mínimo a deficiência informativa dêste trabalho, **já sacrificado com a sua inevitável insuficiência** de fundo, não custa recordar a doutrina pacificamente aceita. **É que o poder público, quando contrata, não tem melhores títulos que o particular.** A expressão, que nos proporciona direção segura na apreciação do problema, é de um dos nossos raros homens de Estado dignos dêsse nome, que nela resume a norma consagrada em definição expressa do Conselho de Estado (Consulta de 1.º de julho e decisão de 22 de dezembro de 1866) e no ensinamento da doutrina e jurisprudência". (Op. cit. págs. 612/613; "cf. **Epitácio Pessoa**, parecer, na Revista de Direito, vol. 94, págs. 117 e segs.; Cfr. **Lafayette**, Pareceres, vol. I, pág.60; **João Monteiro**, "Aplicações de Direito", pág. 351; **Amaro Cavalcanti**, "Responsabilidade Civil do Estado", n.º 88, pág. 531; acs. do S. T. F., nºs. 2.084, de 1917, e 2.674, de 1920, na "Revista do Supremo Tribunal". vols. 13, pág. 290, e 31, pág. 66; ac. do Supremo Tribunal Federal de .. 28/9/38, na "Revista Forense", vol. 97, pág. 431.

21. No mesmo sentido é a magistral **sentença** do então Juiz **OTÁVIO KELLY**, na "Revista Forense", vol. 58, pág. 40, decidindo que o **Poder público**, quando explora industrialmente dado serviço, está sujeito aos mesmos preceitos que regem a situação dos particulares que se entregam a êsse gênero de atividade. Dêsse ponto de vista não discorda AMARO CAVALCANTI, como sempre, apresentando a nocão exata a respeito do assunto:

> "... o Estado responde sempre pelo dano proveniente das relações contratuais, seja lícito ou ilícito o ato do funcionário que deu causa ao dano". (Op. cit., n.º 66-A, pág. 374).

22. Conclui, afinal, AGUIAR DIAS, seus ensinamentos, com chave de ouro, doutrinando:

> "Dessa análise sumária de nossa jurisprudência, limitada aos casos típicos, a conclusão que retiramos é a de reafirmar nosso apoio à doutrina do **risco** administrativo, conforme a defenderam os ministros OROZIMBO NONATO e FILADELFO AZEVEDO". (Ob. cit., pág. 613).

23. A Constituição Brasileira vigente trata do assunto, em seu artigo 105, o mesmo

acontecendo com a Constituição do Estado de Goiás, promulgada em 13 de maio de 1967, artigo 69, ambas afirmando ser o Estado responsável, civilmente, por danos que causar a terceiros. Aliás, o princípio adotado pelas vigentes leis Magnas da República e do Estado é o mesmo inserto no art. 194 da Constituição de 1946.

24. Os ensinamentos de ordem doutrinária por nós apontados encontram apoio em copiosa jurisprudência de nossos Tribunais:

> "O dano causado por negligência é de indenizar-se e, nesse caso, a responsabilidade por parte dos prepostos atinge diretamente o patrão". (Trib. Just. S. Paulo, Rev. dos Trib. 33/497).

> "A obrigação de reparar o dano deriva do **dolo** ou da **culpa** do seu autor: do **dolo** quando, intencionalmente, pela ação ou omissão, se ofende o direito ou se prejudica o patrimônio de outrem; **da culpa** quando o dano padecido pelo paciente, decorre de **imprudência** ou **negligência**, violadoras do direito ou causadoras do prejuízo". (Trib. Just. S. Paulo, Rev. Trib. ..... 87/343).

Neste mesmo sentido são os acórdãos publicados na Revista dos Tribunais, vols. 97/205, 97/510, 105/192, ... 106/717, 90/550, 57/563, .. 62/310.

Por fim, um acórdão digno de transcrição, visto retratar, fielmente, caso idêntico ao dêste processo:

> "O Estado é responsável pelos atos dos seus empregados, praticados dentro da esfera das suas atribuições, sejam êsses fatos lícitos ou ilícitos, de império ou de gestão; e quer se trate de ato positivo dos mesmos empregados (ações), quer porque êles tenham deixado de cumprir os deveres do cargo (omissão)..." (Revista Trib. vol. 48/178, ac. do S. T. F.)

25. Diante do exposto e, considerando que quatro engenheiros que examinaram o prédio da Igreja Cristã Evangélica de Goiânia, concluiram que as avarias por êle sofridas foram causadas por recalques decorrentes da rutura da rêde de esgôtos do D. E. S.;

Considerando que o D. E. S. escolheu e designou um perito desempatador para opinar sôbre o assunto e apresentar laudo, tendo êste concluido pela procedência das alegações da suplicante, de que as avarias sofridas por seu prédio decorreram do solapamento do terreno, provocado pela rutura da rêde de esgôtos da Rua 7, esquina da Av. Paranaiba;

Considerando que o próprio engenheiro do D. E. S. reconheceu que a rêde de esgôtos foi totalmente substituída, por imprestável, exatamente na época em que a Igreja afirma ter solicitado tal providência e pedido indenização pelos danos sofridos;

Considerando tudo mais que dêste processo consta e que já foi discutido e exposto neste parecer, opinamos no sentido de que o Departamento Estadual de Saneamento deve conceder a indenização pleiteada pela Igreja Cristã Evangélica de Goiânia, visto que, realmente, sofreu ela danos em seu patrimônio (prédio), decorrentes do mau funcionamento da rêde de esgôtos da Av. Paranaiba, esquina da Rua 7, que, só após terem se verificado as avarias sofridas pelo prédio da suplicante, foi totalmente trocada, por imprestável. Se o D. E. S. foi o responsável pelos danos sofridos pela peticionária, está na obrigação de repará-los pecuniàriamente.

26. Entretanto, cumpre, antes, ao D. E. S. exigir da requerente as seguintes providências:

a) — que a planta referente aos consertos feitos no prédio seja assinada por profissional habilitado que teve sob sua responsabilidade as obras de reconstrução;

b) — que os recibos referentes ao pagamento de mão de obra sejam firmados por administradores inscritos no CREA;

c) — verificar se o preço da pintura está ou não exagerado e se a quantia total da indenização pretendida é justa, tendo-se em vista que os reparos foram feitos sòmente na parte danificada;

d) — Exigir, para efetuar o pagamento da indenização, caso seja deferida a pretensão da suplicante, que todos os comprovantes de despesas, recibos etc., sejam revestidos de formalidades legais, aptos à prestação de contas, junto ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado, tudo de conformidade com a Lei n.º 4.300, de 9 de novembro de 1962 (Código Financeiro das Autarquias) e demais disposições legais reguladoras do assunto.

27. Por fim, se o senhor Diretor Geral do Departamento Estadual do Saneamento houver por bem deferir a pretensão da requerente, deverá recorrer, de ofício, para o Exmo. Sr. Governador do Estado, de acôrdo com o disposto no art. 5.º da Lei n.º 5.150, de 10 de julho de 1964, visto que a quantia pretendida, como indenização, excede a NCr$ 500,00 (Cr$... 500.000,00 antigos).

É o nosso parecer, **sub censura**.

PROCURADORIA DO JUDICIAL E CONTENCIOSO, em Goiânia, 28 de dezembro de 1967.

PROCURADORES DO ESTADO — CARGOS ELETIVOS — DESINCOMPATIBILIZAÇÃO — INELEGIBILIDADE

— Aos Procuradores do Estado de Goiás não é vedado o direito de candidatar-se a cargos eletivos, não obstante as restrições impstas por lei estadual, pôsto que os preceitos legais superiores e específicos não lhes retiram semelhante prerrogativa.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Parecer n.º 3.624/66

Autor: Agenor Ferreira de Oliveira

Procurador do Estado

1. Consulta-se sôbre a desincompatibilização dos Procuradores do Estado de Goiás para se candidatarem aos cargos eletivos de Deputados Estadual e Federal.

2. Não resta a menor dúvida de que se trata de matéria que pode dar margem à dúvida de interpretação, tendo em vista as leis estaduais pertinentes aos Procuradores do Estado e em confronto com a legislação eleitoral vigente.

3. Segundo a Resolução n.º 7.869, do T. S. E., "as inelegibiildades em vigor são previstas na Constituição Federal, nas Emendas Constitucionais n.s 9 e 14 e na Lei Especial n.º 4.738, de 15 de julho de 1965".

4. Esta lei que tem sido a barreira de considerável número de pretendentes a cargos eletivos, para as eleições de 1966, além de prescrever as inelegibilidades para muitos, cogita, também, das desincompatibilizações. É, em suma, a lei que regulamentou a Emenda Constitucional n.º 14.

5. Frente aos preceitos legais das inelegibilidades, nenhum articulado viria contrariar os anseios dos Procuradores em busca de um cargo eletivo. As proibições constitucionais e lei especial não se fariam sentir aos Procuradores pretendentes à deputança Federal ou Estadual. Estariam êles, tão-só, na dependência do afastamento do cargo no dia do registro de sua candidatura, sem remuneração, até o dia seguinte ao pleito (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás. Lei n.º ... 4.100).

6. Mas o Poder Legislativo Estadual, ao criar a Procuradoria Geral do Estado, nos têrmos da Lei nº 5.550, de 11/11/964,, elaborou, posteriormente, como Lei complementar, a de n.º 5.760, de ... 20/5/965, que introduziu modificações àquela, inclusive

equiparação de vencimentos dos Procuradores do Estado aos vencimentos dos Procuradores de Justiça (art. ... 2.º).

7. Em consequência e como decorrência das vantagens e benefícios assegurados aos Procuradores do Estado em virtude dessa vinculação, vieram também os ônus das proibições. É o que se vê na expressão do art. 3.º da referida lei:

> "Em virtude e como decorrência do disposto no artigo anterior aplicam-se aos Procuradores do Estado e aos Adjuntos de Procuradores do Estado, em atividade, as mesmas proibições a que estão sujeitos os membros do Ministério Público..."

8. Como se sabe, os membros do Ministério Público, em face do seu Código, estão proibidos de, dentre outras, tomar parte em atividades político-partidárias.

9. E não sòmente o Código dita essas proibições ou restringe as suas atividades, pois também a lei eleitoral vigente, já referida sob n. 4.738, em seu artigo 1.º, n.º I, letra "s", reza textualmente:

> "São inelegíveis:
> a) at- 3 (três) meses depois de cessadas as funções, os magistrados federais, os membros do Ministério Público, os Chefes da Casa Civil e Militar da Presidência da República e os Prefeitos".

10. Posteriormente, contudo, foi sancionada a Lei n.º ... 6.250, de 13 de novembro de 1965, que dentre as providências, por ela tomadas, crescreveu em seu art. 2.º:

> "A partir da publicação desta lei, com a ressalva constante do parágrafo único dêste artigo, **ficam revogados todos os atos que, emanados de qualquer dos Podêres do Estado, vinculam, por qualquer forma, direta ou indiretamente, vencimentos aos subsídios dos Deputados** Estaduais ou Secretários de Estado ou aos vencimentos de **quaisquer funcionários, inclusive dos de que tratam os números I a IV do artigo 1.º desta lei"**

11. No entanto, por Despacho governamental n.º 3.135, apôsto ao projeto da lei citada, foi vetada a expressão "o artigo 3.º da Lei n.º 5.760, de 20 de maio de 1965, e demais". Êste artigo sujeita os Procuradores do Estado às mesmas proibições a que estão sujeitos os membros do Ministério Público.

12. Nestas condições, não obstante tenha caído ou revogado o motivo que justificou o vínculo dos Procuradores do Estado aos Procuradores de Justiça, é dizer, equiparação dos vencimentos, por uma aberração imposta, ainda prevalecem as proibições previstas aos Procuradores de Justiça para os Procuradores do Estado.

13. Continua, pois, de pé o veto apôsto ao art. 7.º da Lei n.º 6.250 e, enquanto não fôr apreciado pelo Poder Legislativo perduram as proibições contidas no art. 3.º da Lei n.º 5.760.

14. Mas, diante do que ficou dito, estariam os Procuradores do Estado de Goiás inibidos de se candidatarem a cargos eletivos sem a perda do cargo, como é o caso dos Procuradores de Justiça e Magistrado