Revista de Direito

4

Intellectus

Procuradoria Geral do Estado de Goiás

Capa Vermelha

REVISTA DE DIREITO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

VOL. IV | DEZEMBRO DE 1968 | GOIÂNIA - GOIÁS

— PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO —

Criada pela Lei n.º 5.550, de 11 de novembro de 1964, como órgão diretamente subordinado ao Chefe do Poder Executivo, compete-lhe os assuntos e serviços de proteção e defesa judicial dos direitos e interêsses patrimoniais do Estado, inclusive os de natureza administrativa, relacionados, de qualquer forma, com matéria jurídica, bem assim, os serviços de assistência judiciária aos cidadãos que dêles necessitarem.

Procurador-Geral do Estado: JACY DE ASSIS

CHEFIA DE GABINETE

Procurador Luiz Ângelo Milazzo

ASSESSORIA-GERAL

Procuradores: Maria Helena da Costa Crispim e Wilá Tavares de Góes (Assuntos Administrativos) — Agenor Ferreira de Oliveira, Cleomar Rizzo Esselin e Elísio de Assis Costa (Judicial e Contencioso) — Messias de Souza Costa (Assuntos Fiscais)

PROCURADORIAS ESPECIALIZADAS

NEGÓCIOS ADMINISTRATIVOS

Procuradora-Chefe

Francisca G. de Guimarães Mello

FISCAL

Procurador-Chefe

Claudio Lêda de Macedo

JUDICIAL E CONTENCIOSO

Procurador-Chefe

Sebastião Ribeiro

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Procurador-Chefe

Wismam Lucas

SECRETARIA-GERAL

Diretor: Procurador José de Barros Souza

Edifício do Banco do Estado de Goiás, 5.º e 6.º andares — Praça do Bandeirante — Fone: 2-0111

GOIÂNIA ——— GOIÁS

DA AÇÃO DISCRIMINATÓRIA

JACY DE ASSIS

PROCURADOR GERAL DO ESTADO DE GOIÁS. Diretor e Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Uberlândia

1. A ação discriminatória, visando a **separar** as terras devolutas das particulares, é um processo de procedimento edital judicial: não puro, mas misto.

O procedimento edital (1) judicial, oriundo do direito alemão, **autgeotverlanren** (Z. P. O.), § 946; ROSENBERG, **tratado de Derecho Procesal Civil**, trad. argentina de 1955, tomo II, § 165. p. 578; GOLDSCHMIDT, **Derecho Procesal civil,** trad. espanhola da Labor, de 1936, p. 890; SCHONKE **Derecho Procesal Civil,** trad. espanhola de 1950, § 99, p. 493) e do direito italiano. **per publici proclami** (CHIOVENDA, **Princípios,** tradução espanhola de 1941, tomo II, § 734, é um **juízo de provocatio ad agendum** (PONTES DE MIRANDA, Código de Processo Civil, 2.ª ed., tomo V p. 19. tomo VII págs. 320, 363, 367, tomo VI pág. 397; ALFREDO BUZAID, **Ação Declaratória,** n.º 103, pág. 112 e n.º 105, p. 137; LOPES DA COSTA, **Direito processual civil,** 2.ª ed. vol. IV, n.º 516, p. 379 e vol. II. p. 235).

Por êle (Lei n.º 3.081, de 22 de dezembro de 1956), são chamados à instância os interessados, **ausentes e desconhecidos**, não para contestar o pedido do autor na forma do procedimento ordinário, MAS PARA EXIBIR os títulos de seu domínio particular de maneira a permitir o **deslinde**. isto é, **a demarcação** das terras, estabelecendo uma linha de separação entre as públicas e as particulares.

Isto porque as terras devolutas não têm divisas certas, nem no solo, nem nos títulos, uma vez que se estabilizaram no domínio público por exclusão e remanescência da ocupação e do domínio particulares (FRANCISCO MORATO, em **Revista Forense**, vol. 97, p. 247; THEMÍSTOCLES CAVALCANTI. em **Arquivos do Ministério da Justiça**, vol. 16, dezembro de 1945, p. 91; sentença do Juiz CARLOS DIAS, confirmada pelo TJ de São Paulo, em **Revista Forense,** vol. 123, p. 469).

2 Na discriminatória, há três fases:

a) — a preliminar. de chamamento à instância, de jurisdição, graciosa, e que antes era mesmo chamada administrativa, (THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, cit.) em que os **terceiros ausentes ou desconhecidos,** INDIVIDUANDO-SE, alegam e provam o seu domínio, levando "a juízo os títulos em que fundarem suas alegações, **devidamente filiadas**, para prova do domínio particular";

b) — a segunda, de procedimento ordinário, resultante ou criada pela impugnação que a Fazenda Pública deduzir contra os títulos exibidos;

c) — a terceira, de demarcação, face à homologação do deslinde administrativo, ou à sentença definitiva do processo contencioso.

3 A emenda n.º 4-C da Comissão

Especial do Senado Federal ao projeto (**Arquivos do Ministério da Justiça**, vol. 53, de março de 1955, p. 96) pretendeu instituir o procedimento edital puro, mandando que os interessados, após o prazo do edital, deduzissem **a sua oposição** à discriminatória (Arquivos, cit., vol. 59, setembro de 1956. ps. 213 e 216). Mas a Comissão Especial da Câmara dos Deputados rejeitou a emenda:

> "A primeira de suas modificações consiste em substituir no art. 5.º do projeto a palavra **contrariedade** por **oposição**.
>
> Em matéria processual, a oposição é uma forma específica, excepcional , de contrariar o direito da parte, mas nem tôda contrariedade se manifesta por oposição.
>
> Como quer a emenda, a única defesa possível do réu seria por oposição. o que é restringir sua defesa e alterar a lei processual, pois é quase certo que na discriminatória não é possível ocorram com frequência as hipóteses de defesa por oposição.
>
> O têrmo **contrariedade** é mais amplo e o que cabe na hipótese, e não exclui o uso da oposição se fôr o caso, que é uma das formas de contrariar o pedido ou a pretensão das partes em juízo" (**Arquivos**, cit., vol. 60, dezembro de 1956, p. 199).

4 Na primeira fase, apresentados os títulos de domínio e as alegações dos terceiros convocados ao procedimento edital, a Fazenda Pública aceitará ou não aceitará aquêles e aquelas.

Se aceitar, vale dizer. se os títulos comprovarem o domínio particular, estará realizado administrativamente o **deslinde**.

Se não aceitar, os títulos recusados serão remetidos à fase contenciosa.

5 Se a Fazenda Pública impugnar os títulos exibidos pelos terceiros (art. 5.º, segunda parte), instaura-se a fase contenciosa. com um procedimento ordinário **dúplice**, em que tanto o autor, como os terceiros já tornados réus pela individualização. podem contestar **o direito e a pretensão recíprocas**.

Por êsse motivo é que o procedimento edital judicial passa **a ser misto**, de vez que permite não apenas **a oposição dos terceiros**, como em outros processos do mesmo tipo (ex., o registro Torrens), mas também uma contestação às pretensões recíprocas. Isto mesmo se verificava no sistema anterior do Decreto-lei n.º 9.760 de 5 de setembro de 1946, para a discriminação das terras devolutas da União (arts. 39, 44 e 45).

Não haverá necessidade de **citação pessoal** (por mandado ou precatória) pois o procedimento edital teve **uma citação edital**, que vale para as três fases da discriminatória (art. 4.º parágrafo único).

E porque os **terceiros**, individuando-se para expor a sua pretensão na primeira fase. face à impugnação, ficam tornados **réus** na relação jurídica processual que se instaura, pelo simples despacho do Juiz ao mandar que se abra para êles o "prazo para a contestação" (art. 5.º, parágrafo único).

6 Se aos títulos dos terceiros "devidamente filiados para prova do domínio particular", não houver impugnação da Fazenda Pública, o Juiz julga a discriminatória (confere: art. 45 do Decreto-lei n.º 9.760, de 1946), pois não se instaura a segunda fase; segue-se à sentença a demarcação que é a terceira fase.

Se houver impugnação, a contestação há de conter argüição de domínio, **com prova plena**, ou de posse capaz de gerar usucapião; não bastará ao contestante NEGAR o domínio do Estado. Não tem a contestação, assim, o conceito de simples **resistência** (CARNELUTTI) à pretensão do autor, do processo comum; mas, na **duplicidade** do **procedimento**, a declaração positiva do domínio particular para ser **separado** do domínio do autor.

7 A emenda n.º 2C da Comissão Especial do Senado Federal pretendia impor à Fazenda Pública a prova de propriedade das terras objeto da discriminatória (**Arquivos**, cit. vol. 59, p. 213); mas a Comissão Especial da Câmara dos Deputados rejeitou-a. com precisão mostrando que, nas discriminatórias, há inversão de ônus da prova, eis que "por tradição histórica e legal, a prova das terras públicas e sua consequente discriminação deve repousar, antes de mais nada, na resultante da existência das terras particulares; é uma prova por exclusão" (**Arquivos**, cit., vol. 60. p. 198). Cabe, exclusivamente, aos terceiros **a prova plena de seu domínio** particular, a fim de excluir a pretensão da Fazenda Pública (**Arquivos**, cit. vol. 60, p. 198).

E por isso a sentença não atribui domínio algum ao autor na discriminatória; êste preexiste à propositura da ação e é dela pressuposto. A sentença tem efeito meramente declaratório do domínio estatal.

Face à sentença de homologação, por não ter a Fazenda Pública feito impugnações; ou face à sentença definitiva que decidiu o processo contencioso. realiza-se a demarcação, que é assim **a fase executória** da discriminatória, e esta demarcação deverá ser homologada.

A transcrição das sentenças no registro público (art. 10) é apenas um efeito secundário.

8 Pode ocorrer a hipótese de que a Fazenda Pública aceite alguns títulos e recuse outros.

O processo contencioso se instaura com os titulares dos documentos recusados, e os aceitos ficarão aguardando a fase executória. quando a sua área será **separada** da área das terras discriminadas, sendo a sentença homologatória da demarcação.

9 Não há absolutamente necessidade de **citações pessoais** para a ação discriminatória; basta para todos os interessados a que se contém no procedimento **edital**, ou com mais clareza, o **edital** contém a **citação** implícita para tôdas as três fases da discriminatória.

O procedimento edital não é uma forma de citação, mas uma forma de processo, **em que aquela nesta** se pode conter.

Se a Fazenda Pública tiver certeza de que a sua propriedade está na posse ou no domínio de **pessoas determinadas**, não pode usar de **discriminatória**, mas sim de ação dominial ou possessória.

A discriminatória não visa a obter domínio, nem posse; apenas a **separar** o domínio particular do público.

O disposto no artigo 4.º da Lei 3.081/56 deve ser entendido como **citação edital**, pois a ação é um juízo de provocação dos "interessados ausentes ou desconhecidos", e não uma citação a réus conhecidos.

O procedimento edital se realiza quando o autor se dirige a pessoas **desconhecidas ou indeterminadas** por meio judicial, para que façam valer, em certo prazo, as suas pretensões em relação a um determinado bem ou objeto, sob pena de que. omitindo-se, ficarão excluídas as referidas pretensões para sempre (**Chiovenda**, Princípios, citado).

10 Como consequência da exposição:

a — a ação discriminatória não é ação dominial, nem possessória;

b — nela não se instaura uma relação jurídica processual, de início, e pois não se cita pessoa alguma para integrar uma relação jurídica;

c — é ela tìpicamente de procedimento edital, especialmente na primeira fase. que é de jurisdição graciosa;

d — no procedimento edital, o edital convoca todos os interessados, conhecidos ou desconhecidos, presentes ou ausentes — para. como **terceiros**, comparerem a juízo e exibirem os títulos de domínio privado, que permitam o seu **deslinde** do domínio público;

e — na primeira fase, é inadmissível qualquer contestação, pois não se contesta procedimento de jurisdição graciosa;

f — se houver impugnação aos títulos dos terceiros são êstes, já individuados, remetidos então ao processo contencioso, instaurando-se o procedimento ordinário, e, abrindo-se. por despacho do juiz, o prazo para a contestação;

g — a sentença que homologar o procedimento administrativo do deslinde e a que julgar em definitivo o processo contencioso permitirão a **demarcatória**, que será também homologada;

h — A sentença em uma ou outra hipótese é puramente declaratória, e vale como preceito para autorizar a **demarcação**, que é o deslinde definitivo.

NOTAS

1. O procedimento edital pode ser judicial ou notorial. Entre os notariais, o de loteamento para venda de imóvel (Decreto-lei n.º 58/1937 e Decreto 3079/1938).

Os judiciais são **puros** ou **mistos**, considerando-se como mistos aquêles que, além da convocação de terceiros. estabelecem também de logo a relação jurídica processual.

Puros são os processos de registro Torrens, o de recuperação de títulos ao portador (Decreto n.º 149-B, de 1839; Lei n.º 891 de 1949, CPC, art. 337, § 1.º) e o de anulação das cambiais extraviadas (Lei n.º 2044/1908, art. 36). Mistos, entre outros. a arrecadação de bens de defuntos vagos ou de ausentes (C. P. C. arts. 561, 584 e 592), o usucapião e a discriminatória.

2. Como Procurador Geral do Estado, tive oportunidade. procurando fórmula legal para completar a legislação existente, de sugerir ao Sr. Ministro da Justiça, Professor Gama e Silva, dois projetos de lei, que foram encaminhados com as seguintes mensagens:

Goiânia, em 26-03-968.

Senhor Ministro da Justiça:

De algum tempo a esta parte. a Nação tem-se visto a braços com sérios problemas pertinentes a questões de terras.

Referimo-nos à indiscriminada venda de terras a estrangeiros, o que constitui, presentemente, objeto de preocupações dêsse Ministério, e aos conflitos que se têm ensaiado e esboçam assumir um caráter mais grave, entre posseiros e pessoas que se dizem proprietários de grandes extensões de terras.

Aos Estados, de par com o seu dever de assegurar a propriedade privada. incumbe velar pela integridade de seu patrimônio imobiliário da arremetida de usurpadores, cuja ação é notória.

Dêsse modo, multiplicam-se os litígios judiciais em que o Poder Público procura reaver a plena disponibilidade dos imóveis de seu domínio para, depois disso, dar-lhe destinação econômica compatível com os interêsses sociais.

Ocorre que a ação discriminatória criada pela Lei 3.081, de 22 de dezembro de 1956, que serve de instrumento legal para o deslinde dessas terras, instituiu um processo cuja complexidade determina uma alongada tramitação, arrastando-se por longos anos, principalmente nas comarcas menos providas de recursos.

Não obstante haver indicado como próprio o procedimento edital, a redação do art. 4.º do diploma legal referido determina fundada dúvida quanto à forma de citação reclamada para instauração válida do procedimento, não sendo poucos os que sustentam. como razoáveis fundamentos, ser a citação pessoal, por mandado, dos interessados certos e conhecidos, indispensável àquele fim.

As circunstâncias de fato, porém, tornam. no mais das vêzes inviável essa providência, sabido que os usurpadores, obtida a transcrição imobiliária, com a conivência ou em virtude da ignorância de Oficiais de Registro de remotas circunscrições, cuidam logo de vender parcelas do imóvel. à míngua de mercado local, nas mais diversas regiões do País, quando não o fazem a estrangeiros, o que, como é do conhecimento de Vossa Excelência, frequentemente tem acontecido.

Ao tomar conhecimento da situação, o Poder Público já encontra consolidade jurìdicamente uma difícil situação que de perto interessa à Segurança Nacional.

Sòmente no Estado de Goiás, que tem experimentado últimamente uma verdadeira explosão de progresso, refletindo-se no índice demográfico. contam-se em dezenas de milhares as famílias que residem e mourejam em terras presumìvelmente do domínio público, mas que têm transcrição imobiliária em favor de particulares, beneficiários da prestação conferida pelo artigo 859 do Código Civil.

Admitindo como certo que, em várias outras unidades da Federação, o fenômeno deve-se esquematizar de maneira semelhante, parece-nos que urge equacionar, em moldes exequíveis a solução dêsse grave problema, impedindo que êle cresça. agigante-se e tome novas e agressivas feições.

No que tange à discriminatória. ação de que se há de utilizar em muitos casos, afigura-se-nos de grande interêsse alterar a redação do dito artigo 4.º, caracterizando inequìvocamente o procedimento expresso no anteprojeto anexo, oferecido como sugestão.

Obviado assim o intransponível obstáculo das citações, por mandado, de centenas de pessoas nos mais diversos pontos do País e de nações estrangeiras. poderá ter a ação seu curso normal, chegando-se, ao final, a uma decisão de mérito.

A doutrina não repele, antes acolhe a fórmula proposta, que tem sido estudada, entre outros, por Pontes de Miranda e Alfredo Buzaid, e por autores estrangeiros, como Chiovenda, que faz nítida diferença entre o edital, como maneira de citar, e o procedimento edital, como forma de processo.

Quanto às consequências práticas do nôvo sistema. é de crer-se que a ampla publicidade prevista se constitua em veículo idôneo para levar ao conhecimento dos interessados a notícia da ação e o longo prazo dos editais possibilite a adoção oportuna dos desejados meios de defesa.

De resto, a qualquer reparo quanto a um eventual cerceamento em detrimento privado, há de ser pôsto em cotejo o benefício público daí resultante e que, sem dúvida, deve prevalecer, mormente nessa questão que tem assumido e cada vez mais fixa os contornos de matéria estreitamente vinculada à segurança nacional.

Paralelamente, vale ressaltar que pululam hipóteses em que o recurso à discriminatória se faria ocioso, já quando se cogitam de meras transcrições de títulos formalmente imprestáveis. já quando se tratam de meros deslocamentos ou grosseiros alargamentos do imóvel promitivo, enfim, naqueles casos em que o registro efetivado, não se compadece com as prescrições do Decreto-lei n.º 4.857, de 09-11-39.

Mas ainda aí se esbarra não só na remota possibilidade de completarem-se as citações pessoais em tempo útil, como já foi dito, como também, nas naturais procrastinações fomentadas nas largas raias do processo ordinário. determinadas pelos recursos das partes, que, como é sabido, suspendem a efetivação do cancelamento. mesmo em se tratando de recurso extraordinário (art. 294 da Lei dos Registros Públicos).

No anteprojeto anexo, que regula uma ação especial de cancelamento, privativo das pessoas jurídicas de direito público interno, está previsto a citação por mandado, dos que residem nos municípios, mas. a exemplo do que faculta o art. 418 do Có-

digo de Processo Civil, permite a citação edital dos que, embora conhecidos, residem em têrmo diverso.

Dispõe ainda quanto ao procedimento e outras providências complementares, sempre com o objetivo evidente de encontrar breve solução à questão debatida, sem prejuizo dos meios de defesa, que continuam assegurados.

Nenhuma distorsão dos institutos fundamentais do sistema jurídico vigente se nos antepara, parecendo-nos que objeção nesse sentido implicaria em pretender erigir a chicana e a procrastinação em instituições legítimas no judiciário.

Alguns milhões de hectares de terras devolutas do Estado de Goiás são objeto de ilegítimas transcrições imobiliárias, inclusive, ao que parece, as relativas aos 92% do território do município de Ponte Alta do Norte, vendidas a estrangeiros.

Paralelamente, em outros municípios, as transcrições em favor de um único beneficiário subtraem tôdas as suas terras à disponibilidade do Poder Público.

Até que se encontre uma solução pelos meios ordinários, que muitas vêzes não chega a tempo, a região fica à mercê dos problemas jurídicos, econômicos e sociais que se avolumam num desafio que pessoas inescrupulosas fazem à ordem jurídica, quase sempre com sucesso.

Enfatizando êsse último aspecto, que encontra ressonância no setor a que importa esta estabilidade social, vimos trazer a Vossa Excelência as sugestões contidas nos inclusos projetos, para os quais solicitamos sua especial atenção, dada a relevância da matéria que disciplina.

Do eco que esperamos encontrem êles em Vossa Excelência, do qual, por certo, hão de resultar as gestões necessárias à sua conversão em leis, inestimável proveito advirá, principalmente, àqueles Estados, que não são poucos, cujas terras ainda estão em fase de colonização".

3. Senhor Ministro:

A divulgação parcial dos resultados a que chegaram os Órgãos Federais incumbidos de investigar as questões de terras que, em extensões consideráveis, teriam sido alienadas a estrangeiros, constitui, não obstante o desconhecimento de outras informações, premissa segura para permitir o equacionamento das soluções.

Concluida a fase informativa, de que resultarão, por certo, procedimentos criminais, alguns da alçada da Justiça Federal, a que também está afeto o conhecimento de notórias sonegações contra a Fazenda da União, muitas outras providências restarão a reclamar breve e decisiva iniciativa dos Estados, titulares de direitos reiteradamente usurpados.

Entre êstes assume relêvo, tanto por seus aspectos econômicos, como pelas suas implicações sociais, o pertinente ao domínio dos imóveis alienados, parecendo-nos que, se não na totalidade, ao menos na grande maioria dos casos, constituem êles bens integrantes do acervo dos respectivos Estados Federados.

A sonegação fiscal e delitos de outras naturezas, praticados em desfavor dessas unidades, revelam-se, igualmente, como uma constante nas tramas que, urdidas e executadas, compõem o quadro debuxado, que não se conforma com uma atitude compassiva, exigindo, pelo contrário, reação que restaure plenamente a ordem jurídica violada, constituindo, paralelamente, motivação desestimulante de outras incursões.

O interêsse da União no êxito que se espera do desate dessas questões, a que não são estranhos enfocamentos que dizem respeito à segurança nacional, está revelado pelo empenho dos órgãos específicos para levar a bor têrmo apurações que sirvam de respaldo aos seus trabalhos.

Em confronto com a situação espelhada que, por sua gravidade, fomenta justas apreensões, há de ser considerada a pouca experiência específica com que contam alguns Estados, o que se alia na espécie, à carência de recursos técnicos e financeiros, elementos, todos êles, indispensáveis ao sucesso da emprêsa a seu cargo.

Essas deficiências, por outro lado, poderão determinar sejam utilizados meios judiciais inadequados aos fins almejados, redundando em perlengas evitáveis ou perdas de oportunidades irrenováveis em face da decadência.

Justifica-se, plenamente, pois, um permanente entrosamento dos Govêrnos Federal e Estaduais interessados, esperando-se do prmeiro, que já se beneficia dos proveitosos resultados de suas gestões e da visualização do problema de maneira unitária, subordinada ao interêsse nacional, a coordenação das atividades dos últimos, aos quais também devem ser oferecidos a cooperação e o assessoramento de uma equipe especializada.

A uniformização dos recursos utilizáveis, o fornecimento de notícias casuísticas, o arrolamento de indícios denunciadores e de opções acolhíveis e o carreamento de informações técnicas obtidas de Serviços Federais servem apenas de ilustração ao que poderá ser feito, cumprindo salientar as oportunidades de que disporá esta equipe para, reverberando o prestígio do Govêrno Central e de um dos seus mais atuantes Ministérios, alcançar junto aos governos locais asuperação de obstáculos em questões que lhes digam respeito, para lograr os objetivos desejados, servindo, ao mesmo tempo, de porta-voz dêsses setores quando reivindicam medidas administrativas ou legislativas que exorbitam dos limites que lhes foram constitucionalmente demarcados.

Obtido com um mínimo de dispêndios, de inestimável valia, no sentido indicado, o proveito que dimanaria da atuação de alguns juristas afeitos à matéria, militando junto à Comissão de Terras criada nessa Pasta, ou constituindo órgão autônomo.

Não é demais enfatizar que, escusando-se a minimizar o relêvo dessas questões, Goiás dimensiona a distorção revelada por suas reais proporções, crendo-se, não obstante, aparelhado para enfrentá-la vantajosamente, do que, todavia, não se deve inferir dispensa do Estado à colaboração solicitada de Vossa Excelência, se possível de modo permanente, pela maneira que lhe estamos sugerindo.

A convicção de que os meios legais facultados não capacitam o Poder Público para fazer face a uma situação que, sendo, ainda há pouco, insuspeitada, afigura-se-nos de emergência, leva-nos a reafirmar a necessidade premente de lhe conferir instrumento legal que favoreça o palmilhamento dfe uma trilha objetiva, capaz de invalidar, mormente nos variados casos de fraude, as transcrições imobiliárias que subtraem os imóveis à disponibilidade de seu verdadeiro dono, locupletando o beneficiário dos registros.

Nesse sentido encaminhamos anteriormente à superior apreciação de Vossa Excelência anteprojeto de lei que regula ação especial de cancelamento de transcrições imobiliárias, cumprindo-nos agradecer, nesta oportunidade, a consideração que, consoante informações recebidas, o assunto está merecendo.

Ainda com o objetivo de emprestar, neste setor, nossa colaboração à profícua atividade de Vossa Excelência, elaborávamos trabalho propondo a adoção de previsão penal, tipificando como delito formal a conduta do Oficial do Registro de Imóveis que, desatendendo às prescrições da lei própria, dá existência jurídica ao "grilo" com a transcrição de títulos imprestáveis.

Parece-nos de interêsse na prevenção de outras incidências a capitulação do fato como crime, o mesmo acontecendo quando o alienante transfere terras que não foram prèviamente registradas ou que tenham a transcrição como objeto de ação judicial proposta.

Deixamos, todavia, de encaminhar a Vossa Excelência os subsídios em elaboração à vista da informação prestada pelo Dr. NEWTON QUIRINO, que revelou a existência de dispositivos similares em Projeto de Lei já submetido à discussão e aprovação do Colendo Congresso Nacional".

4. **Projeto de Lei**

Dá nova redação ao art. 4.º da Lei n.º 3.081, de ..... 22-12-1956, e toma outras providências.

Art. 1.º — O art. 4.º da Lei n.º 3.081 de 22-12-1956, passa a ter a seguinte redação:

"Art. 4.º — Tratando-se de procedimento edital, as citações de todos os interessados, certos, ausentes ou desconhecidos, serão feitas por edital, com prazo de (sessenta) dias, que será obrigatòriamente afixado no local de costume e publicado 2 (duas) vêzes no órgão oficial e 3 (três) vêzes em periódico local, se houver, e em jornal de grande circulação da Capital do Estado, onde estiver situada a área discriminada".

PROJETO DE LEI N.º

Regula processo especial nas ações de cancelamento de transcrição imobiliária

Art. 1.º — As transcrições imobiliárias que ilegìtimamente têm por objeto imóveis do domínio público podem ser canceladas na forma desta lei, competindo a ação à pessoa jurídica de direito público interno prejudicada pelos registros.

Art. 2.º — A petição inicial, dirigida ao juiz de direito da situação do imóvel transcrito, será instruida com os documentos em que se fundar a pretensão e elementos evidenciadores de que se trata de coisa de domínio do autor.

Parágrafo único — A apuração da dominialidade pública poderá ser feita por exclusão das propriedades particulares vàlidamente constituídas.

Art. 3.º — A arguição de falsidade ou de nulidade de qualquer dos títulos da cadeia dominial referentes à transcrição impugnada, autoriza a propositura da ação, cabendo aos réus o ônus da prova em contrário.

Art. 4.º — Recebida a inicial, será determinada a citação por mandado dos réus residentes no município e a dos demais interessados por edital, que será afixado no local de costume, publicado duas vêzes no órgão oficial e três vêzes em periódico local, ou da comarca mais próxima, ou em jornal de grande circulação da Capital do Estado.

§ 1.º — Os editais terão prazo mínimo de um e máximo de três meses, vencido o qual considerar-se-ão feitas as citações. (C. P. C. art. 177. § 1.º).

§ 2.º — O prazo de (10) dez dias para a contestação correrá do término fixado no prazo edital, contado da última publicação.

§ 3.º — Contestada ou não a ação nas 48 horas subsequentes ao término do prazo assinado para a contestação, o Escrivão do feito fará remessa dos autos ao Oficial do Registro para que inscreva a citação no Registro Público, averbando-a à margem da transcrição impugnada.

§ 4.º — Esta averbação impede qualquer transcrição ou inscrição posteriores, até decisão final.

Art. 4.º — Quando não houver contestação ou nenhuma diligência tiver sido requerida pelo autor ou determinada **ex officio**, o juiz julgará a ação, dentro de dez (10) dias.

Art. 6.º — Contestada a ação o Juiz, nas 48 horas seguintes ao término do prazo, proferirá o despacho saneador, deferindo as diligências necessárias requeridas pelas partes.

Parágrafo único — Considerar-se-ão prejudicadas as diligências deferidas quando o interessado não promover sua realização no prazo máximo de trinta (30) dias.

Art. 7.º — Salvo quando ocorrer motivo de fôrça maior, devidamente comprovado, tôdas as diligências deverão estar concluídas dentro de noventa (90) dias, contados da intimação do despacho que as deferir.

Art. 8.º — A audiência de instrução e julgamento, que terá prioridade na pauta do Juízo, será marcada para um dos trinta (30) dias seguintes ao cumprimento da última diligência ou ao vencimento do prazo do artigo anterior.

§ 1.º — Essa audiência será realizada ainda que ausentes as partes e os peritos, só se adiando por motivo de fôrça maior.

§ 2.º — Na ausência do Autor, o representante do Ministério Público assumirá a ação como parte principal.

§ 3.º — A sentença será proferida na forma do art. 271 do C. P. Civil.

Art. 9.º — Se a sentença fôr de improcedência ou de carência de ação, o recurso será necessário, com efeito suspensivo.

Parágrafo único — Se a sen- procedência, o recurso será de apelação, recebido em ambos os efeitos.

Art. 10 — As transcrições porventura feitas depois de ajuizada a ação também serão canceladas por efeito da sentença que julgar procedente o pedido inicial.

Art. 11 — Os prazos fixados serão preclusivos e fielmente cumpridos, devendo o Juiz, o representante do Ministério Público, Serventuários e outros auxiliares da justiça, velar pela sua observância, sob as penas da lei.

Art. 12 — As intimações e notificações, dentro do procedimento, inclusive da sentença, serão feitas por edital afixado na sede do juízo.

Parágrafo único — Vencidos dez (10) dias da afixação, a intimação ou notificação considerar-se-á feita.

Art. 13 — Esta lei aplica-se a tôdas as ações pendentes de julgamento em primeira instância, adaptando-se o procedimento na fase em que estiverem.

Parágrafo único — Dentro de 10 dias, após a sua publicação, será realizada, em tôdas as ações pendentes de julgamento em qualquer instância, a diligência determinada no § 3.º, do art. 4.º.

Art. 14 — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O ANTEPROJETO TORNAGHI

ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS
Desembargador do Tribunal de Justiça de Goiás. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da U. F. G.

SUMÁRIO: 1) Ministério Público Como Parte; 2) Acusação e Defesa no Processo Penal; 3) A Defesa por Órgão do Ministério Público; 4) Ação Privada Subsidiária; 5) O Ministério Público dos Estados-Membros

I

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PARTE

1. As correntes filosóficas e políticas advindas do liberalismo emprestaram ao Processo Penal um nôvo sentido; com o desaparecimento do sistema inquisitório, voltou-se à forma originária da acusatoriedade. Deixou de ser um instrumento do Estado para castigar o culpado, tornando-se mais um estatuto de garantia a serviço do homem, para assegurar-lhe a liberdade. Nessa condição, sendo o processo penal a forma de compor o conflito de interêsses entre a pretensão punitiva do Estado e a pretensão de liberdade do indivíduo, é natural fôsse construido em têrmos de luta entre as partes contendoras. Disso surge o processo penal hodierno, para o qual a doutrina construiu um conceito capaz de expressá-lo com precisão técnico-científica. É o processo uma relação jurídica, visto que os sujeitos que nêle intervêm são comandados por normas que lhes limitam a atuação. Por outro lado, sendo o Direito Penal de coação indireta, sòmente por intermédio do processo poderá o Estado como titular do **jus puniendi** aplicar o preceito sancionador da norma penal incriminadora àquele que realizar a conduta típica prevista no preceito primário dessa mesma norma. Surge, então, a necessidade dum órgão estatal destinado a provocar o exercício da jurisdição, com o objetivo de solucionar tal conflito de interêsses. É que, pelo princípio **nemo iudex sine actore**, o órgão jurisdicional é inerente. Necessário se torna uma provocação para que êle decida o conflito de interêsses entre os contendores. Ainda assim, num sistema jurídico em que se reservou ao Estado a iniciativa do **jus acusationis**, na maioria das infrações penais previstas no Código respectivo, impende ao Estado Administração o pedido da prestação jurisdicional, indeclinável se tornando a instituição de um órgão, tendo como função preponderante a sua representação perante o Poder Judiciário.

2. Dessa exigência, para a realização do direito surgiu a instituição do Ministério Público, cujas origens, embora controvertidas entre os doutrinadores, transformaram-se consideràvelmente ,ao influxo das modificações que a evolução impôs na organização política dos Estados, sofrendo a influência dos diversos sistemas jurídicos pelos quais se orientou o exercício da jurisdição. Não obstante, na concepção chamada "democracia liberal", onde prepondera o Processo Penal, moldado no sistema acusatório, o Ministério Público se firma como órgão estatal, que representa o Estado-Administração perante o Estado-Juiz.

A sua principal função perante o Poder Judiciário é, como ensina Allorio, **requerer, propor e demandar,** enquanto que o Estado-Juiz conhece, dispõe, concede ou nega a pretensão do Estado-Administração. Destarte. o Ministério Público assume e mantém o comportamento de um órgão da Administração Pública, que leva as pretensões desta ao Poder Judiciário, a fim de vê-las discutidas e julgadas. (1).

3. Acontece que a lei construiu o processo sob a forma de uma contradição entre duas partes, ainda quando os interêsses de ambas possam convergir. Pode acontecer que o réu confesse o crime ou que o acusador deixe de pedir a condenação, e, mesmo assim, não deixará de existir o contraditório. Isto demonstra que, por vêzes. o contraste é apenas aparente e tal resulta do fato de se ter construído o processo em têrmos de luta, quando poderia também ter sido construído em têrmos de colaboração, consoante, ensino Guarneri. (2) Mas a idéia de parte é fornecida pela própria lide, pela relação processual, pela demanda. Não é mesmo necessária a sua pesquisa na relação substancial. Com efeito, consiste, aquêle na pessoa que. no processo, requer decisão sôbre uma pretensão, mesmo quando esta não tenha sido discutida ou negada pelo adversário, desde que tal requerimento se faça nos moldes e com as formalidades próprias do processo penal, mediante a direção do juiz. Diante disso, a identificação das partes no processo pode ser constatada mediante os três elementos seguintes: 1) participação no processo; 2) modos e formas previstas no Direito Processual Penal; 3) exercício dos podêres sob a direção do juiz.

4. É certo que, atentos os princípios jurídicos que governam o nosso Processo Penal, o Ministério Público surge da necessidade que se impôs ao Estado de promover a persecução penal contra aquêle que praticou um fato aparentemente criminoso. desenvolvendo-se essa atividade sôbre a base da **opinio delicti**, tendo como legitimação para agir a atuação do direito objetivo e não um interêsse pessoal, consoante ocorre no conflito de interêsses entre particulares. Dessa posição resultam os princípios que governam a instituição do Ministério Público: o princípio da **obrigatoriedade,** em virtude do qual deverá promover a ação penal sempre que disponha de elementos comprobatórios capazes de justificar a inculpação do indiciado, enquanto pelo princípio da **indivisibilidade**, tôdas as pessoas que componham o Ministério Público constituem um só órgão, sob uma só direção, podendo ser umas substituídas por outras, na conformidade que se fizer necessária para o desenvolvimento das respectivas atribuições. É neste sentido que se firma o princípio da unidade e indivisibilidade do Ministério Público. Não obstante, tanto êste quanto o outro princípio, admitem certa disponibilidade e independência dos integrantes da classe que se podem verificar no curso da relação processual. Assim, se pelo princípio da **indivisibilidade**, na atuação do Ministério Público haja uma indivisível, nada impede que, entre seus integrantes, uns entendam determinado caso concreto de forma diferente de outros. Tal é como admite o Art. 28 do nosso Código de Processo Penal. pelo qual se verifica que o Ministério Público é, funcionalmente, independente, visto que, nesta hipótese, se o Procurador Geral discordar do entendimento de seu subordinado, deverá êle próprio denunciar ou designar outro membro do Ministério Público para oferecer denúncia, consoante demonstra o prof. José Frederico Marques. com apoio na opinião de Pontes de Miranda. (3).

5. Embora também, em se tratando de ação pública, o Ministério Público esteja obrigado a oferecer denúncia, no curso da relação processual, não se lhe pode negar alguma disponibilidade no que tange ao direito de acusar, tanto assim que fica entregue à sua direção tôda postulação, o debate oral, no qual poderá opinar em favor do acusado e. **ex vi,** do Art. 385 do Cód. de Proc. Penal, sendo livre também de usar ou não dos meios de impugnação. Todavia, a imparcialidade imposta ao Representante do Ministério Público para o exercício da função acusatória, e a sua posição de

órgão do Estado trouxe no campo da doutrina, certas controvérsias sôbre a posição de parte do órgão do Ministério Público. Nesse sentido a lição do prof. Alfredo De Marsico, distinguindo **órgão** e **representação**, bem define a posição do Ministério Público: — o primeiro tem em atenção aquêle "**ente**" que, incapaz de agir diretamente. porque "**ente**" e não indivíduo, intervém por meio de um sujeito físico, enquanto que o segundo, aquêle outro que, em virtude de razões jurídicas (e não físicas) de incapacidade, não pode agir senão por meio de um terceiro que intervém no seu lugar e no seu interêsse — a pessoa jurídica age mediante **órgãos**, a pessoa física mediante representante. O Ministério Público, portanto. é **órgão**, não representa o Estado; representa o Estado, segundo a linguagem comum, mas como **órgão** A relação de dualidade, pela qual se fala de representante e representado, não é concebível em tema de **órgão**, em que "**entes**" e pessoas físicas. mediante as quais êstes agem são uma cousa. O **órgão** é o "**ente**" que o representa, e o "**ente**" age no órgão; o Ministério Público, portanto, não deduz no juízo penal pretensão outra, mas pretensão que, por ser do "**ente**" que age com êle, é sua própria.

6. Agindo o Ministério Público para a atuação do direito objetivo, animado de um interêsse público e não pessoal. é êle uma parte imparcial, visto que parte não quer dizer parcialidade, mas titularidade de direito próprio sôbre o conteúdo material ou formal do processo, emprestando-se a essa expressão o seu conceito nitidamente jurídico. (4)

7. Assim, o Ministério Público surge do fato de que o Estado tem uma dúplice função: aquela de promover a persecução penal sôbre a base de uma **opinio delicti**, contra aquêle que seja aparentemente imputável, e aquela de julgar. A situação do direito objetivo e não do interêsse pessoal, impulsiona tanto o Ministério Público. quanto o Juiz, embora sob ângulo visual diverso, com atividade diversa. Conseqüentemente, atento à lição do sábio professor italiano, atrás citado, são partes no processo penal aquêles que, nos limites fixados pela interrogabilidade, da ação pública têm podêres de disposição sôbre o objeto ou sôbre qualquer aspecto do mesmo. e, em correlação a tais podêres, sôbre o conteúdo formal dos mesmos.

II

ACUSAÇÃO E DEFESA NO PROCESSO FORMAL

8. A nossa Carta Magna, no capítulo DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, estabelece que é "assegurada ao acusado plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela...", afirmando ainda: "a instrução criminal será contraditória" (Constituição Federal, Art. 141. § 25). Por sua vez o Cód. de Proc. Penal dispõe que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado e julgado sem defensor". (Art. 261). Ora, êsses preceitos tornam a defesa do acusado uma verdadeira **injunção legal**. O ordenamento processual torna obrigatória, ainda, a nomeação de defensor, desde que o acusado não o tenha ou não queira defender-se. no caso de possuir habilitação (Art. 263); no objetivo de efetivar tais garantias, prevê também a sanção de nulidade para a inobservância de tais mandamentos (Art. 564, n.º III), letras **c, e, g, l, i, o**); da mesma forma, manda suprir a capacidade do acusado (Arts. 15 a 262). Bastam êsses exemplos do nosso direito positivo para se verificar a pureza do sistema acusatório imperante no direito pátrio, ao influxo do que a **bilateralidade** da ação tem por conseqüência a **bilateralidade** do processo. E os princípios científicos que êste governam. ensinam que, para que o juiz possa julgar com imparcialidade e acêrto. o contraditório é indispensável. Nesse sentido, é interessante lembrar a lição de Luigi Sanzã, segundo a qual a contraditoriedade não é estabelecida exclusivamente no interêsse do autor, visto que o contraditório, partindo de um contraste in-

dividual, serve para aumentar, no juízo, os meios de indagação e o contrôle para averiguação da verdade, que não pode ser imparcialmente reconstruída sem um contraste polêmico entre os contraditores. Como poderia com efeito, o juiz ficar imparcial psicològicamente, e construir a verdade em "três dimensões", se não fôssem duas as partes? Mas, se êsse é o valor do princípio do contraditório, claro resulta que a sua observância não pode apreesntar-se como um **elemento, tão só e simplesmente útil, mas absolutamente indispensável, para que a verdade dos fatos possa ser corretamente declarada.**

9. Depois de um confronto do contraditório no campo civilístico, seguindo de perto os conceitos de Calamandrei, afirma o egrégio escritor: "O processo penal, ao invés, é um processo sôbre relação substancial **absolutamente indisponível, e,** por isso, não traz entre as partes um efetivo contraste de interêsse: o Ministério Público, na economia do processo, não faz certo valer um interêsse à condenação do imputado; é um órgão público — e não um interessado privado que age para o triunfo egoístico de seu próprio interêsse —o qual não procura um fim diverso daquele procurado pelo juiz, e por isso não pode considerar-se em necessário contraste de interêsse com o imputado, como, ao invés imoreterivelmente. no processo civil ordinário se encontra o autor em relação ao réu. Portanto. processualmente, o M. P. figura como o contraditor natural do imputado, a fim de permitir ao juiz tornar-se psicològicamente imparcial. Se não aparecece sempre tal, tem-se um processo penal de parte única; ora, **com a função de justiça seria incompatível a inevitável parcialidade do defensor.**

"Acusação e defesa, por outro lado, não são fôrças antagônicas e reciprocamente excludentes. A fungão do ofício de defesa, com efeito, atende ao fim de suscitar um eficiente contraditório, absolutamente indispensável à dialética do processo. Em verdade — bem o disse Guarneri — é um êrro sustentar incompatibilidade com a função da justiça, a inevitável parcialidade de defensor, de vez que o defensor, na trama processual, não mais aparece isolado: perante êle sempre se ergue um contraditor. No processo penal, por isso. o contraditório não pode ser entendido como luta entre as partes: objeto do provimento jurisdicional é, em substância, **um só interêsse** e quanto ao contradtório, [illegible] para colocar **de frente, não já dois interêsses em conflitos, mas eventualmente, dois diversos modos de apreciar um único interêsse**, a respeito do qual se discute, a fim de dar ao juiz a possibilidade de tuteá-lo do melhor modo. Essa decisiva razão **lógico-jurídica,** aquela teoria que procura transferir para o processo penal a concepção de contraditório como luta entre as partes, e, paralelamente, o princípio assim chamado de paridade de armas. A tradicional concepção do contraditório como luta entre as partes não é mais sustentável, devendo-se, ao invés. conceber o contraditório como uma colaboração das partes com o juiz".

Aceitos êsses conceitos é que Leone pôde afirmar que a contestação é uma aplicação da regra do contraditório, sendo êste uma razão de existência do processo, e aquela uma condição de sua validade.

10. Dessas considerações tira Sanzò colorários profundos, afirmando que tôda **violação da regra da contestação** que seja, ao mesmo tempo. violação da regra da correlação, importa inexistência jurídica da sentença. Para tanto, esclarece que **fato não contestado** equivale **a fato não averiguado**, e, considerando, em consequência, a observância da regra da contestação da imputação como um requisito da **existência** do processo; é claro, por isso mesmo, gue a sentença, não tendo sido contestado o fato, é, não já simplesmente impugnável, mas, juridicamente, **inexistente**, e por isto não pode passar em julgado. Em verdade, a sentença é um ato de vontade, e, para querer, é absolutamente necessário conhecer; para **conhecer,** absolutamente necessário averiguar; para **averiguar,** absolutamente necessário **imputar** e **contestar**.

A DEFESA DO ACUSADO POR ÓRGÃO DO MINISÉRIO PÚBLICO

11. Assentada nesse ligeiro bosquejo a posição das partes no processo penal, tendo em vista a doutrina em que se inspirou o nosso direito positivo, não padece dúvida que o direito atual tenha o Ministério Público na relação processual, como parte principal na maioria das infrações penais, e que sua função constante para o exercício da jurisdição penal se torna indispensável. Tal a posição do "direito que é", e não parece desfigurada no "direito que **deverá ser**".

12. Ao influxo de transformações políticas no Govêrno da República, surgiu a idéia de reformulação dos nossos códigos. Coube o anteprojeto do Código de Processo Penal a um dos mais categorizados cultores da matéria em nosso meio, não só pela sua posição de eminente professor de direito, jurista de comprovados conhecimentos e profundidade de idéias. como por se tratar de publicista, que tem contribuído para despertar em nosso mundo intelectual o interêsse pelo estudo dêsse ramo da ciência do direito, pouco cultivado pelos juristas indígenas, conforme acentua o prof. José Frederico Marques. Diante da responsabilidade do projetista, e das esperanças de seus seguidores, o anteprojeto do prof. Hélio Bastos Tornaghi não foi recebido com o entusiasmo que era de se esperar. Críticas contundentes lhe foram feitas, notadamente, pelo eminente, professor paulista, e também mestre da matéria, José Frederico Marques, assim como por outros cultores da ciência do processo penal. Não sendo êste o momento próprio para o exame de tão importante controvérsia. limitamo-nos, aqui, a um ligeiro confronto da posição do Ministério Público, no anteprojeto do prof. Tornaghi.

Primeiro imputa-se e contesta-se. depois se averigua, depois senhece, e, depois se quer. Imputação, contestação, averiguação, conhecimento e volição se apresentam propriamente em relação de meio a fim, e de **prius** a **posterius**.

III

ÓRGÃO DO MINISÉRIO PÚBLICO

13. O anteprojeto, no ivro IV, que se denomina DO PROCESSO EM GERAL, — Título I — Da Relação Processual — cidou logo de conceituar o processo, dizendo, expressamente, no Art. 43: "O processo é relação jurídica entre cada uma das partes e o Estado, por seu órgão judiciário. Dentro dêle e por meio dêle o autor exerce o direito de ação; o acusado, o de defesa, e o Estado, o poder de jurisdição". Embora até mesmo essa orientação do anteprojeto tenha recebido críticas veladas, sob calor de que se perde em conceitos doutrinários, não se lhe pode negar a precisão técnica e a exatidão dos princípios, tendo em vista as garantias constitucionais asseguradas ao indivíduo, para submetê-lo à função jurisdicional do Estado. Coerente com o que vem ensinando o eminente projetista desde sua tese de concurso para a Cátedra de Direito Processual Penal, da Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, como em seus posteriores livros de doutrina, (6) não poderia deixar de conceituar o processo penal como uma relação jurídica, precisando-lhe o início, a suspensão e o término, consoante os preceitos dos Arts. 44 a 46 do projeto. É que essa relação contínua e dinâmica nasce, vive, adoece e morre, no feliz ensinamento da mais acatada doutrina científica do processo.

14. Nesse mesmo l'vro do anteprojeto, em obediência à construcão científica de que o processo é **actum trium personarum**, logo no título II, trata dos **sujeitos do processo** e, depois de regulamentar, no capítulo I —

O Juiz e seus auxiliares, — no capítulo II — DAS PARTES — em sua seção I — Do Acusador — no n.º I cuida do **Ministério Público,** dispondo o Art. 67: "Cabe ao Ministério Público, no processo penal: I — funcionar como órgão da acusação: a) promovendo a ação penal pública como parte principal; b) assessorando o querelante, como parte secundária, na ação penal privada; II — funcionar como órgão de defesa dos réus que, por serem pobres, não possam constituir advogado". Enquanto isso, o parágrafo único, dêsse mesmo Artigo, assim dispõe: "A acusação e a defesa não podem ser confiadas ao mesmo membro do Ministério Público". A primeira parte dessa norma não deixa a menor dúvida de que o Ministério Público é o órgão de acusação nos crimes de ação pública, bem como a colocação, no capítulo e na seção relativos às partes e ao acusador, faz desaparecer, **de lege ferenda,** em nosso direito, a controvérsia doutrinária sôbre a posição do Ministério Público no processo. Da mesma forma, o assessoramento que se lhe determina, como parte secundária, na ação penal privada não lhe altera a posição do direito atual. Não obstante a parte final dêsse Artigo, vem sendo recebida com acirradas críticas, partidas de ilustres estudiosos do assunto, tais como o jurista paraibano, João Medeiros Filho, entendendo êste que o preceito ofende os princípios da **indisponibilidade** e da **legalidade**. (7)

Todavia, tal argumento nos parece improcedente. É que, pela própria expressão do parágrafo único, do mencionado Artigo, se verifica a impossibilidade de tais funções serem exercidas, simultâneamente, por um só membro do Ministério Público. Ora, a instituição, ao lado de sua função junto ao Poder Judiciário, como representante do Estado-Administração, terá de **cumprir uma outra função** que é assegurar a defesa àqueles que não tenham condições, pelo seu estado de pobreza, consoante está assentado como princípio programático em nossa Constituição Federal (Art. 141, § 35). O que se poderia demonstrar é o prejuízo que isso causa na atuação prática dos integrantes do órgão deturpando a formação da carreira e a especialização da função. Nota-se assim, que o Estado não tem maior interêsse na acusação do que na defesa, podendo o seu representante denominar-se **acusador** como **defensor**. Assinala Carnelutti que essa verdade levou a atribuir-se ao Ministério Público, em lugar de pura função acusatória, a função de órgão tutelar da lei. E é justamente êsse aspecto que lhe confere esta posição. Apenas no que respeita à função técnica, é o que o eminente mestre encontra gravidade nessa situação, partindo do princípio de que entre a acusação e a defesa existem diferenças, as quais podem aconselhar um diverso recrutamento dos técnicos destinados a sustentá-las. No entanto, para demonstrar que a mesma instituição poderá regulamentar vantajosamente a carreira do defensor público e a carreira do do Ministério Público com função acusatória, cita o ordenamento italiano, no qual é regulada idênticamente a carreira do juiz e do Ministério Público, com a paridade de graus e promiscuidade no acesso, podendo um juiz ser transferido para a função de acusador e vice-versa. Nota, porém, que tal promiscuidade é um vício do sistema e não contribui para o aprimoramento da carreira. (8) Aliás, o anteprojeto tomou essa orientação, ao que parece, por influência do Código do Ministério Público do Estado da Guanabara (Lei 3.434), pelo qual o cargo inicial da carreira é o de defensor público. (9)

15. É interessante notar que a doutrina estrangeira, notadamente a italiana, procura lutar no sentido de desvincular o Ministério Público da Magistratura. Neste sentido, Foschini demonstra que diversas atribuições exercidas pelo Ministério Público Italiano emprestam àquele órgão até funções judicantes, o que leva a um retôrno ao sistema inquisitório.

16. O dispositivo do anteprojeto em discussão é inconveniente num sistema jurídico como o nosso, por importar numa confusão entre as atribuições dos membros do Ministério Público, num código nacional de processo, sendo que a competência para legislar sôbre a organização do Ministério Público local, pertence aos Estados-Membros. Bastaria o exemplo citado por Medeiros Filho, do Estado da Paraíba, onde não existe, na organização judiciária, a figura do defensor público, (11), sem contar que nas comarcas do interior do país, onde existe apenas um representante do Ministério Público, podem surgir situações embaraçosas para a boa administração da justiça. Além disso, o anteprojeto já estabelece, em consonância com o preceito constitucional, que a defesa é verdadeira injunção legal. Por outro lado, o recente Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil prescreve severas penalidades aos profissionais inscritos que não cumprem o dever assumido (Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963, Art. 87, n. XI). Ademais, alguns dos códigos do Ministério Público dos Estados-Membros regulam apenas as funções do Ministério Público como órgão de acusação, sendo as funções de Procurador do Estado e Defensor Público regulamentadas por outras leis, tal como acontece, por exemplo, no Estado de São Paulo e no Estado de Goiás.

17. Atentas essas razões é que não parece aconselhável que o futuro Código de Processo Penal, atribua a órgão do Ministério Público a defesa dos réus que, por serem pobres, não possam constituir advogados.

18. O anteprojeto Tornaghi, no seu Art. 68, ainda define a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, impondo-lhe **intervir** e **opinar** em diversos outros casos. Melhor, porém, foi tratada a matéria pertinente à incapacidade do membro do Ministério Público para oficiar no processo, uma vez que o Art. 69 especificou os casos do **impedimento** e, o Art. 70 apontou os motivos de suspeição, distinguindo as duas causas de incapacidade para exercitar o ofício do Ministério Público.

IV

AÇÃO PRIVADA SUBSIDIÁRIA

19. A ação privada subsidiária é estabelecida pelo anteprojeto Tornaghi, na forma do Art. 40, que assim se expressa: "Nos crimes de ação pública, o ofendido ou seus sucessores poderão mover ação privada: I — em caso de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II — na hipótese do Ministério Público exceder o dôbro do prazo concedido em Lei para apresentação da denúncia." Conforme se verifica, o anteprojeto resolve, no inciso I dêsse Artigo, uma tormentosa questão enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência na atualidade. Ocorre que o atual Código não contendo qualquer dispositivo expresso sôbre a possibilidade de ser exercitada a ação privada subsidiária, no caso de arquivamento do inquérito, essa questão no entender de alguns processualistas, vem sendo resolvida pela forma negativa, com ponderável apoio na jurisprudência dos tribunais. O dispositivo em aprêço faz desaparecer essa controvérsia. O projetista, por certo, inspirou-se no que sustenta em uma de suas obras, quando diz: "No intuito de tornar mais perfeita a ação penal o Estado chamou a si a titularidade dela na maioria das infrações e instituiu um órgão do Poder Executivo encarregado de movê-la. Esta publicização da ação penal nada tem que ver com a publicização da Justiça, pela qual o Estado se reservou a tarefa de fazer justiça, convertendo destarte a ação contra o ofensor em ação perante êle, Estado, na pessoa do Juiz. A ação poderia, perfeitamente, continuar a ser privativa do ofendido, sem perder seu caráter de ação perante o Estado, e sem comprometer o publicismo da Justiça.

"Como subsidiária da ação pública, é ela absolutamente sustentável,

pois o Estado, ao incumbir-se de movê-la, deve acautelar o interêsse do ofendido no caso em que o órgão dêle, Estado, não move a ação penal. É o que faz o art. 29, ao permitir que o ofendido, ou seu representante, promova a ação se o Ministério Público não o faz no prazo legal do art. 46 e seu § 1.º

"Pouco importa que o Ministério Público não haja oferecido denúncia por desídia, má-fé ou outro qualquer motivo, inclusive por convicção. **A lei não distingue.** O que ela quer fazer e realmente faz é permitir ao ofendido ou a seu representante legal que se substitua ao Ministério Público e mova a ação. O art. 102, § 3.º, do Código Penal é ainda mais explícito:

"A ação privada pode intentar-se nos crimes de ação pública se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal." (12)

20. É de se levar em conta que o Estado-Administração, através de seu órgão, entendendo de não levar a juízo a sua pretensão punitiva, tolherá ao ofendido o direito de ir a juízo oferecer a sua pretensão e vê-la discutida e resolvida, tendo em vista o ensinamento de Liebman, de que a ação "é um direito ao meio e não um direito ao fim". Ora, é também assegurado, constitucionalmente, ao cidadão, na conformidade do preceito constitucional inserto em nossa Carta Magna (Art. 141, § 4.º), que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

21. Não se pode criticar o anteprojeto por ter tratado expressamente do assunto, admitindo a ação privada subsidiária. Isto porque a ação penal não deveria figurar no corpo do Código Penal, limitando-se êste apenas à especificação das ações de iniciativa pública e privada, tendo em vista a espécie de infração penal. Mesmo assim, o anteprojeto Hungria, **de Código Penal, que deverá harmonizar-se com o anteprojeto Tornaghi,** no § 1.º do Art. 98, declara que "A ação penal pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exija, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça". Enquanto que o parágrafo dêsse mesmo artigo, declara que: "A ação penal privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha a qualidade para representá-lo". No entanto, numa nota entre parênteses, o eminente projetista Ministro Nelson Hungria, deixa expressa a seguinte observação: "É suprimida a ação privada subsidiária, que, na prática, quase sempre, deixa de atender ao interêsse da Justiça, para sòmente servir a sentimentos de vindita, quando não a objetivo da chantagem". **Data vênia** do brilhante luminar de nossa ciência penal, não é essa a sede própria para o tratamento da matéria, estando certo o anteprojeto do Código de Processo Penal, que dela cuidou, por ser êste o estatuto próprio em que a ação penal deve ser regulada. Além disso, tal argumento prova demais. Se a ação privada subsidiária sòmente serve a **sentimentos de vindita,** ou se presta a **objetivos de chantagem,** não deveria o anteprojeto do Cód. Penal admitir também a ação privada principal, conforme o fêz no Art. 98, e em outros dispositivos. Que diferença há entre uma e outra?

22. Não se pode, devido a isso, combater o anteprojeto Tornaghi por ter êle admitido a ação privada subsidiária, mesmo que se queira, conforme pretendem outros, entender que a ação privada subsidiária representa uma desconfiança na atuação do Ministério Público. Ninguém mais do que o eminente projetista exalta essa independência, quando explica que, ao contrário do que acontece na pátria do Ministério Público, em que êle é uno e indivisível, no Brasil há vários corpos de Ministério Público (Federal e locais), salientando porém, que a unidade só existe dentro de cada um dêles, visto que o Ministério Público de um Estado forma um corpo organizado, mas não de tal modo que os hieràrquicamente inferiores tenham de se submeter ao entendimento dos superiores. Ao contrário ainda do que ocorre na França, em que "la plume est serve, mais la parole est libre", entre nós: "et la plume et la parole sont libres." (13).

23. Além disso, o eminente professor da **Universidade de Goettingen, Karl Siegert,** em estudo intitulado "Independência do Ministério Público", serve-se do argumento da ação subsidiária no Direito Francês para demonstrar que, no sistema jurídico onde vive o princípio da obrigatoriedade da ação, é ela que assegura a independência do Ministério Público, que não será constrangido a promover uma ação contra o entendimento dos integrantes daquele órgão. (14)

V

O MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ESTADOS-MEMBROS

24. Examinados ligeiramente os dispositivos principais do anteprojeto Tornaghi, no que tange à função do Ministério Público, o que se verifica é que apenas o n.º II, do Artigo 67, apresenta inconvenientes para a instituição, sendo desaconselhável por não se harmonizar com a legislação de alguns Estados-Membros. A independência do órgão do Ministério Público e de tôda a instituição deve ser velada para que os Estados, complementando o preceito constitucional, constante do Art. 128, da nossa Lei Maior, na organização da carreira se inspirem, efetivamente, nos mesmos princípios que a Constituição estabelece para a organização da Magistratura, assim como ocorre com o Ministério Público de São Paulo, onde conseguiu a instituição colocar-se em posição de **independência** e **destaque.** Realmente, lá o próprio Procurador Geral de Justiça pertence à carreira, sendo escolhido numa lista tríplice organizada pelos procuradores de justiça, e nomeado pelo Poder Executivo. Explica o prof. José Frederico Marques: "Com isto, não fica prêso, o Ministério Público ao chefe do govêrno estadual, nem a **persecutio criminis** será prejudicada por injunções dêste." (15).

25. Em Goiás, desde 1947, vigorou um Código do Ministério Público (Lei n.º 76, de 22-12-947) que já foi modificado em 1964, aumentando-se as garantias dos integrantes da carreira. É de notar que êsse último código criou um Conselho Superior do Ministério Público, que delibera sôbre as promoções de entrância a entrância e concurso para o cargo inicial, opinando ainda sôbre questões disciplinares e do interêsse geral da classe. Tal Conselho é composto dos procuradores de justiça, que representam o último grau da carreira estruturada (Lei n. 5.555, de 11 de novembro de 1964).

26. É lamentável que em alguns Estados ainda não esteja o Ministério Público estruturado com o estatuto próprio, figurando como apêndice nas leis de organização judiciária, os direitos, garantias, deveres e funções dos integrantes da carreira.

27. Urge que neste memorável conclave se defendam tais prerrogativas, procurando padronizar a carreira, a fim de que em todos os Estados da Federação, sejam as funções respectivas regulamentadas em estatuto próprio, ampliando as garantias constitucionais que lhe são pertinentes. Tal iniciativa deverá ser compreendida pelos governos locais, não como forma de retirar-lhes a chefia dêsse órgão que pertence, por disposição constitucional, ao Poder Executivo, mas, sim, como forma de dignificar a função, engrandecê-la e resguardá-la dos desvários das disputas eleitorais. É que, conforme explica Calamandrei: "Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Êste, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; como guarda inflexível da lei,

devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor, ou por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do Magistrado." (16).

NOTAS

1) — In Giovanni Leone, Trattato Di Diritto Processuale Penale, vol. I, p. 433.
2) — José Guarneri, Las Partes en el Proceso Penal, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla Pue, Mexico, 925 p. 23.
3) — Apontamentos Sôbre o Processo Criminal Brasileiro, Frederico Marques e Pimenta Bueno, pp. 180-186.
4) — Alfredo De Marsico, Lezioni di Diritto Processuale Penale, Terza Edizione, Napoli, Casa Editrice Dott Eugene Jovene, 1955, pp. 30-34.
5) — Luigi Sanzò — Correlazione Tra Imputazione e Sentenza, pp. 314-336.
6) — Hélio Bastos Tornaghi: A Relação Processual, Rio, 1944; Processo Penal, Rio, 1953, vol. I, pp. 99-129; Instituições de Processo Penal, Rio, 1959, 1.a Ed., vol. I, pp. 225-258.
7) — Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Instituto de Criminologia da U. E. G., pp. 105-115.
8) — Carnelutti, Leciones sôbre al processo penal, vol. I, p. 232.
9) — Valter P. A. Costa, O Processo Penal, 4.a Ed., 1962, pp. 119-120.
10) — Revista Italiana di Diritto Processuale Penale, 1956, p. 262.
11) — Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal — Instituto de Criminologia da U. E. G., n.o 11, p. 112.
12) — Instituições de Processo Penal, pp. 351-352, vol. III.
13) — Tornaghi, ob. e vol. cits., p. 143
14) — Sturi in Memoria Di Filippo Grispigni, Milano, 1956, pp. 91-204.
15) — Ob. cit., p. 173.
16) — Piero Calamandrei, Eles, os Juízes, vistos por nós, os Advogados, trad. de Ari dos Santos, Lisboa, 1940, p. 59.

JURISPRUDÊNCIA

ALUNO — TRANSFERÊNCIA **EX OFFICIO** — PENA DISCIPLINAR

Compete à Procuradoria-Geral do Estado interpor recursos em mandado de segurança contra ato de autoridade estadual.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Agravo de petição n.º 264 em MS

Relator: Desor. Clenon de Barros Loiola

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de petição n.º duzentos e sessenta e quatro (264) (Mandado de Segurança), em que são agravantes o Dr. Juiz de Direito e Terezinha Machado Soares e agravado João Bôsco de Souza:

Acordam os Desembargadores que compõem o Tribunal de Justiça, por votação uniforme, conhecer do recurso de ofício, deixando de conhecer do voluntário; e lhe negar provimento, para confirmar a decisão agravada, desprezando a preliminar argüida.

Custas, pela agravante.

Deixou de votar, por impedido, o Exmo. Sr. Desembargador Paranahyba Pirapitinga Santana.

O estudante João Bôsco de Souza matriculado na 2.ª série do Ginásio Estadual de Iporá, depois de uma suspensão pelo prazo de oito (8) dias, teve sua transferência expedida **ex-officio**, com o que não se conformou, constituindo advogado e procurador para requerer Mandado de Segurança, para fazer cessar a interdição de seu direito de frequentar as aulas e desfazimento do ato de transferência.

Segundo o impetrante, a medida que lhe foi imposta não encontra guarida na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, onde não está prevista a transferência compulsória.

A Dra. Diretora do referido estabelecimento de ensino prestou informações, expondo os fatos motivadores da transferência e o Dr. Representante do Ministério Público, argüiu o descabimento do **Writ**, por ser admissível, no caso, recurso administrativo com efeito suspensivo, mas reportando-se ao Regimento Interno do mencionado educandário, ressaltou a incompetência da autoridade coatora para baixar o ato de transferência, que, a seu ver, a êsse respeito, está maculado de ilegalidade".

Assim, também, o entendeu o Dr. Juiz de Direito em exercício na comarca de Iporá, que não teve dúvida em conceder a segurança, omitindo a interposição do recurso de ofício.

Notificada, a autoridade coatora constituiu procurador e ajuizou agravo de petição, em cujas razões aludiu a ilegitimidade do procurador do Impetrante por impedimento legal, decorrente da qualidade de funcionário público estadual.

A ilustrada Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso voluntá-

rio, e ressaltou a omissão do recurso compulsório.

O recurso **ex-officio** resulta da norma legal e não pode ser omitido. Por conseguinte, a omissão do Juiz prolator da sentença no tocante à sua interposição constitui fato processual irrelevante.

O parágrafo único do art. 12 da Lei n.º 1.533, de 31-12-51, não deixa dúvida sobre o dever imposto do Juiz de recorrer da decisão concessiva da segurança.

Vê-se do instrumento de mandado de fls. 65 que a Sra. Da. Terezinha Machado Soares, na qualidade de Diretora do Ginásio Comercial Estadual de Iporá, outorgou podêres a advogado para recorrer da sentença do MM. Juiz.

A representação do Estado em Juízo está afeta a um órgão especializado. Compete à Procuradoria-Geral do Estado interpor recursos em mandado de segurança contra ato de autoridade estadual, (art. 1.º, letra f do Regimento Interno da Procuradoria do Judicial e Contencioso, aprovado pelo Decreto n.º 92, de 31-5-65, in D. O. de 1-6-65). É ilegítimo o procurador judicial constituído por funcionário público, em razão do ofício.

Não era pois de se conhecer do agravo de petição manifestado pela autoridade coatora. Quanto ao recurso necessário, sendo caso dêle, vai conhecido.

Contra a possibilidade da ação mandatal se alegaram a existência de recurso administrativo, com efeito suspensivo e o fato de se tratar de ato disciplinar.

Realmente, o art. 5.º da Lei n.º 1.533, de trinta e um (31) de dezembro (12) de mil novecentos e cinquenta e um (1951), ampara essas objeções, mas dentro dos limites aí traçados. O recurso administrativo deve ter efeito suspensivo, independente de caução — diz a lei. É preciso, portanto, que a autoridade receba recurso com tal efeito. **In casu**, porém, o Impetrante ficou impedido de frequentar as aulas, o que significa que o seu recurso administrativo foi recebido só no efeito devolutivo.

O recurso administrativo a que de fato se negou efeito suspensivo não constitui obstáculo à propositura do mandado de segurança. Respeito ao ato disciplinar, a própria lei estabelece uma ressalva: "Não se dará mandado de segurança quando se tratar de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial". O ato disciplinar, portanto, pode ser objeto de mandado de segurança para exame de sua legalidade.

Consta da informação da autoridade coatora (fls. 25), que, para expedir a transferência do aluno, não foi convocado o conselho de professôres. Decidiu, consequentemente, sem observância do Regimento Interno do Estabelecimento, cujo art. 69 exige inquérito para a transferência **exofficio**, com direito de defesa, e decisão de um conselho de professôres, composto de três membros. Houve assim, abuso de poder da autoridade coatora, o que não significa que o aluno não mereça a penalidade.

Tôda pena, no entanto, deve ser imposta por autoridade competente e na forma prevista em lei.

Goiânia, vinte (20) de março (3) de um mil novecentos e sessenta e oito (1968).

Manoel Amorim Félix de Souza
Presidente

Clenon de Barros Loiola
Relator

Fausto Xavier de Rezende

Romeu Pires de Campos Barros

Renato Coelho

AUTARQUIA — PRAZOS À FAZENDA PÚBLICA — REVISÃO DE ATO ADMINISTRATIVO — CORREÇÃO MONETÁRIA

— **Não se configura Autarquia, a entidade despida de capacidade** ad processum.

— **O privilégio de prazos concedidos à Fazenda Pública, expresso no art. 32 do Código de Processo Civil, não atenta ao princípio da igualdade de todos perante a lei.**

— **Anulado pode ser o ato administrativo na sua própria área. Não modificada a** causa petendi, **a condenação implícita na pretensão inicial, segundo a natureza da ação, comporta-se nos devidos limites da sentença.**

— **A correção monetária instituida por lei especial, voltada a determinado fim específico, não se presta à aplicação, em têrmos de eqüidade.**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Apelação n.º 4.671

Relator: Desor. Renato Coelho

ACÓRDÃO .. ....

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação **ex-officio** e voluntária n.º 4.671, em que figuram como 1.º apelante o Dr. Juiz de Direito da 2.ª Vara desta Comarca, 2.º apelantes, Joaquim Martins Ferreira e sua mulher e Manoel Alves e 3.º apelante o Estado de Goiás e como apelados os mesmos.

Acordam os Desembargadores componentes da 4.ª Turma da 2.ª Câmara Civil dêste Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, conhecer das apelações, para, rejeitadas as preliminares argüidas, dar provimento ao apêle **ex officio**, a fim de excluir da condenação a parte referente à correção monetária, confirmando, no mais, a sentença apelada, e julgando prejudicados os demais apelos. Deixou de votar por impedido o Exmo. Sr. Desor. Fausto Xavier de Rezende, substituído pelo Exmo. Sr. Desor. Jorge Salomão.

Custas pelos 2.º apelantes.

O agravo no auto do processo prende-se, primeiramente, ao silêncio do despacho saneador, quanto à ilegitimidade do Instituto de Desenvolvimento Agrário de Goiás fazer-se representar em Juízo pelo órgão do Ministério Público, sob o colorido de que a referida entidade trata-se de uma autarquia investida de administração própria, conforme preceitua o art. 3.º da Lei n.º 4.039, de 6 de julho de 1963, que a criou.

A tese não deixa de surtir impressão favorável se se considera a autarquia pessoa jurídica que o é, pouco importando se de direito público ou privado, dispor necessàriamente, de capacidade de estar em juízo.

Entretanto, no caso do "Idago", sigla como é conhecido o instituto, apesar da Lei denominá-lo autarquia, constituiu-o restrotivamente, não lhe outorgando capacidade processual, como goza a verdadeira autarquia, pessoa jurídica com representação autônoma, assim reconhecida por decisões do mais elevado Pretório do País.

Dêste modo é que a Lei n.º 4.039, vinculando-o à Secretaria de Estado da Agricultura, cumulando-o dos mesmos privilégios conferidos à Fazenda Público Estadual, a qual o equiparou, e condicionando a sua representação nas ações imobiliárias (art. 10, da Lei n.º 4.195, de 30-10-962), vedou-lhe a autonomia plena, situando-o, é certo, como órgão de descentralização administrativa, todavia, **a quem dá**. característica e amplitude autárquica,

Por isso que a representação **ad processum** se faz válida nos têrmos das leis já citadas, como consubstanciada por iniciativa dos próprios autores apelantes, endereçando a citação ao Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral de Justiça.

Daí, segundo argumentam, a incompetência da Promotoria de Justiça para contestar a ação.

Como verdadeiro **prolongamento** do raciocínio inicial, razão, outrossim, desassiste aos suscitantes.

De princípio, a Lei n.º 3.999 — de 14 de novembro de 1961, que atribuía em seu art. 10: "Ao Ministério Público, subordinado ao Procurador Geral de Justiça, compete os assuntos e serviços de proteção de defesa judicial dos direitos e interêsses do Estado e da Sociedade, inclusive os pertinentes à fiscalização do cumprimento e respeito das Constituições Federal e Estadual, das leis e atos emanados dos podêres públicos"; **em seguida, já** criado o "Idago", a citada Lei n.º ... 4.195 — de 30 de outubro de 1962, declarando em seu art. 9.º, a representação da entidade em Juízo pelos membros do Ministério Público, ao depois, a Lei n.º 5.550, de 11 de novembro de 1964, transformando a Consultoria-Geral do Estado em Procuradoria-Geral, na qual os mesmos apelantes firmam a sua argüição, olvidando, porém, a ressalva contida no art. 50, assim redigido: "Fica mantida a competência do Ministério Público nos feitos judiciários em que o Estado ou o IDAGO seja parte, como autor ou réu, em andamento até 31 de dezembro do exercício de 1964, bem assim nas ações em que nesse período forem propostas".

Consoante se vê dos autos, a ação foi proposta em 1.º de dezembro de 1964 e na data designada no texto por último transcrito, encontrava-se a mesma em andamento, portanto, sob o império da lei vigente, só revogado neste ponto pelo art. 8.º da Lei n.º 5.760, de 20 de maio de 1965, o qual determina: "Passam à competência da Procuradoria Geral do Estado os feitos Judiciais, inclusive os em andamento em que o Estado de Goiás seja parte, como autor, réu, assistente ou opoente".

Da sequência, apura-se, claramente, o elo manutendor da representação do Estado de Goiás, inclusive do "Idago", em Juízo, pelo órgão do Ministério Público, só interrompido com o advento da Lei n.º 5.760, isto é, há mais de um mês da contestação oferecida pelo Promotor de Justiça.

Por último, aduzem que na proporção da igualdade de todos perante a lei, assegurada pela Constituição Federal, a Fazenda Pública não há de se beneficiar com dilação de prazos, mostrando-se o privilégio decorrente do art. 32, do Cód. de Proc. Civil, visìvelmente inconstitucional, motivo por que a contestação inclusa aos autos em prazo superior ao comum de dez dias deve ser considerada intempestiva e conseqüentemente desentranhada do processo.

É de reconhecer a solidez da opinião.

Mas, por outro lado, doutrinadores não faltam que, também, justificam a regalia. Portanto, sem que tenha sido declarado inválido pela via competente, aplicado de maneira generalizada, sem restrição por parte dos Tribunais pátrios, sem exclusão dêste, o dispositivo processual encontra-se em vigor, não passando, na realidade, de conceituações divergentes.

Do mesmo modo, o fato da contestação ter sido anexada ao processo, sem que tenha passado pelo protocolo ou despachada pelo Juiz, constitui o caso, grave irregularidade, passível de censura, incapaz, porém, de elidir, por si própria, a merecedora fé da certidão de juntada, levada a efeito no dia 9 de janeiro de 1965, por isso dentro do prazo que ainda dispunha a Fazenda Pública, para tal ato, nos têrmos do referido art. 32.

Findas as preliminares alinhadas no agravo no auto do processo, os mesmos apelantes, liminarmente, atacaram a decisão recorrida, por entendê-la **extra petita**, incluindo na condenação — correção monetária — não pedida ou sequer aludida pelas partes.

O mesmo motivo constitui matéria de mérito da apelação oferecida pelo Estado de Goiás, ao inconformar se com o acréscimo às devoluções que lhes foram impostas, daí porque dela não há de se tomar conhecimento a esta parte.

No mérito a relação processual suporta-se, em essência, na faculdade da administração pública poder ou não anular os seus próprios atos.

In casu, tivesse o Instituto de Desenvolvimento Agrário atributos da pessoa capaz de direito — o que não tem, conforme já foi demonstrado em uma das preliminares — a aquisição de terras devolutas firmada em processo administrativo, poderia, admitamos, reger-se pelas leis ordinárias à aquisição da propriedade, conforme proposto nos autos.

Entretanto, subordinado, a mais, à Lei n.º 1.448, de 12 de dezembro de 1956, o processo à homologação pelo Chefe do Poder Executivo, torna a forma aquisitiva de feitio nìtidamente administrativo, quando motivos, mormente de ordem moralizadora, venham a justificar a medida.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da Súmula n.º 346, esclarecedora de qualquer dúvida que poderia apor-se ao acolhido, já em anterior, decidia: "Os atos administrativos praticados ao arrepio da lei podem, e devem, ser desfeitos pela própria autoridade de onde emanam sem que seus beneficiários possam alegar quaisquer direitos pretensamente adquiridos" (M Seg. n.º 7.426 — julg. em 17/8/60 — Rel. Ministro Henrique D'Ávila — publ. em 19/10/60).

A decisão em aprêço amolda-se, por completo, ao caso **sub judice**.

Efetivamente, como bem salientou a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, os trabalhos técnicos do loteamento foram realizados sob a vigência da Lei n.º 1.448, em atrás mencionada, com desrespeito às prescrições enfeixadas nos seus arts 45 e 87, pois as pretensões aquisitivas superiores a 2.000 hectares, de acôrdo com as mesmas, sujeitavam-se à justificação administrativa.

Nesse passo, como se depara, outrossim, do processo administrativo, surpreendem-se os nomes dos interessados sòmente à oportunidade dos memoriais descritivos, quando do mesmo processo não consta nenhum requerimento inicial, de consequência, afetando-se o disposto no art. 58, da aludida Lei, precisando como precisa ser a homologação nominal.

Ao demais, segundo o parecer, a final inclusão nestes autos, da fotocópia do título de domínio declarado a favor de Durval Leite Santana, em 30 de janeiro de 1961, não só surpreenderia o Chefe do Executivo que, em 22 de março do mesmo ano, isto é 23 dias após, pelo despacho n. 757, vedou a pretensão, já cabalmente obtida, mas, sobretudo, a nós, quando não obstan-

te, firmado o título naquela época — 30 de janeiro de 1961, — propõe, em 1964, a presente ação, buscando compelir o Estado de Goiás a outorgar-lhe a mesma escritura ou indenizá-lo, caso impossível; em adiante, recorrendo da decisão desfavorável, para só na data de 2 de agôsto de 1966 vir a juízo dizer que por composição amigável com o Instituto de Desenvolvimento Agrário, recebera de seu Diretor Presidente certidão autêntica do documento originário, esta, sob nôvo espanto, expedida, tão sòmente em 26 de julho de 1966.

Bem por isso, a sentença apelada, apesar de não apreciar esta última faceta, cuidando do processo administrativo, de passagem, já comentava: "O simples fato de o Sr. Agrimensor fazer um loteamento entre quatro pessoas, sem requerimento dos interessados e como procurador isento de prestação de contas (doc. de fls. 46) de outro, já não me parece correto."

Em verdade, não lhe poderia parecer correto tôda esta sorte de fatos, como não parece também à própria administração, estranhamente, avantajar apenas um D. L. S., quando, pelo mesmo meio amigável, os restantes lograram alcançar idênticos intentos.

Nestas proporções, o que vale B. T. P. de C. ou D. L. S. de terem o domínio de terras devolutas, proveniente de processo administrativo espúrio, onde acôrdo amigável, inadvertência sobrepujam a sobrevivência da lei aplicável à espécie?

Onde o direito adquirido dos que não conseguiram galgar a estranha posição?

Por êsse prisma, aplausos à sentença apelada.

Porém, sem que a deslustre, a correção monetária, incluída na devolução dos preços dos lotes, mostra-se exorbitante, sem caracterizar, no entanto, decisão **extra petita**.

Embora não pedida na inicial, esta parcela, se cabível por eqüidade, como pareceu ao douto Dr. Juiz **a quo**, no seu propósito de fazer justiça, implicitamente integrar-se a restituição imposta, formando um só todo: — o mesmo preço de outrora, equivalente ao atual na proporção da desvalorização — isto na média do que já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: "Embora seja defeso ao Juiz julgar **ultra petita**, pode, segundo a natureza da ação, condenar o réu, sem modificar a **causa petendi**, nas coisas que, natural e tacitamente, se compreende no pedido do autor, posto que nêle não fôssem expressas". ("Rev. For.", vol. 61, pág. 267).

Se por êste cunho a sentença recorrida não decidiu **extra petita**, mesmo porque a quota em evidência, dela, pode ser excluída sem invalidá-la, como já foi dito, revelou-se exagerada, estabelecendo-a contra a lei existente.

De fato, a Lei Estadual n.º 5.750, de 15 de fevereiro de 1965, congênere à federal, sujeitando os débitos fiscais em atraso à correção monetária, atendeu a uma situação especial da economia pública, de efeito efêmero, portanto, com a existência finda com a alcançada estabilização econômica e financeira, caracterizando-a a natureza drástica, em desfavor tão-sòmente do contribuinte, não sujeita, destarte, aos princípios da eqüidade, por humanos e justos que se possam apresentar tudo no pressuposto de sua extinção natural buscada a estabilização.

Por último, da demanda saindo o Estado de Goiás em parte vitorioso, não há por onde pagar honorários advocatícios como bem argumentou o Dr. Juiz da instância inferior, não prevalecendo também, esta aspiração dêstes apelantes.

Goiânia, 27 de junho de 1967.

Paranahyba Pirapitinga Santana. Presidente;

Renato Coelho, Relator;

Jorge Salomão.

EXECUÇÃO DE SENTENÇA — AÇÃO REIVINDICATÓRIA — EMBARGOS

— Tratando-se de execução para entrega de coisa certa, sem a prévia segurança do juizo, incabíveis e inadmissíveis os embargos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Apelação cível 4.436

Relator: Desor. Manoel Amorim Féliz de Sousa

ACÓRDÃO

Vistos, relatados os presentes autos de apelação cível n.º 4.436, vindos da comarca de Rio Verde, sendo 1.º apelante Joaquim Mendes Moreira e, 2.ºs apelantes, Adalberto Alves da Silva e sua mulher, e, apelados, os mesmos.

Joaquim Mendes Moreira, já qualificado, propôs ação reivindicatória de um imóvel contra Adalberto Alves da Silva e sua mulher, obtendo êxito na instância singela.

Em grau de apelação, a sentença foi confirmada.

Ficaram os réus condenados à restituição da área reivindicada e as benfeitorias indenizáveis seriam liquidadas em execução, contando-se os frutos e os rendimentos a partir da contestação da ação, pagando, ainda, os honorários do advogado do autor.

O vendedor, alegando que a condenação recaíra em coisa certa, pediu a citação dos executados para, nos têrmos da lei processual, fazer-lhe a entrega, ou alegar a sua defesa e, se findo o prazo, não lhe havendo sido entregue a coisa requeria a sua imissão na posse, por tratar-se de imóveis.

Os executados ofereceram embargos de retenção, alegando que a execução deve abranger a liquidação total da sentença e não sòmente a pura entrega do imóvel.

Contestou o exequente os embargos, alegando a sua intempestividade e sua inadmissão, por faltar-lhe o prévio depósito da coisa, não tendo direito aos embargos, porque possuidores de má fé.

Processados os embargos, por fim, em ligeira decisão, o julgador julgou por sentença o arbitramento.

Apelaram exequente e executados.

A turma conhece da apelação do exequente, dando-lhe provimento.

De início, verbera o tumultuamento processual.

Na espécie trata-se de execução para entrega de coisa certa, contra a qual foram opostos embargos de retenção por benfeitorias, discutindo-se nêles matéria estranha à execução, tal seja a de perdas e danos.

Ora, na execução da sentença por coisa certa o exequente pedira a citação do réu para, no prazo de dez dias,

fazer a sua entrega, ou alegar a defesa que tiver (art. 992, do C. P. C.). Como diz a lei correr o prazo em cartório, entende-se que a contagem principia da entrega do mandado de citação, e junto aos autos, devidamente cumprido.

Uma vez citado, três hipóteses podem ocorrer-se em relação ao executado: 1.º — entrega êle a coisa; 2.º — não entregará a coisa; 3.º — alegra defesa, apresentando embargos.

O caso dos autos, é a última.

Contudo, para ter direito à defesa mediante os embargos, segundo o ditame do artigo 995, do C. P. C., o executado deverá, prèviamente, segurar o juízo, depositando a coisa sôbre a qual versa a execução.

MOACYR AMARAL SANTOS elucida bem a questão:

"Mas, para serem admitidos os embargos, condição é que o juízo seja prèviamente seguro, "mediante depósito da coisa sôbre que correria a execução" (Cód. cit. art. 995). De conseguinte, o executado deverá efetuar o **depósito da coisa** e, em seguida, opor embargos, sem o que êstes não serão admitidos **(Direito Processual Civil**, vol. III, pág. 334)".

Além disso, outra condição para a admissibilidade dos embargos e a sua apresentação, em juízo, no tempo demarcado pela lei.

Por outro lado, versando a execução a respeito de bens imóveis, a mulher do executado deve ser citada. No caso dos autos, — e a execução de sentença começa com a citação — nem mesmo o executado varão foi citado.

Não foi cumprido o que determina o artigo 1.016 do C. P. C., que cogita do processo dos embargos do executado.

Não houve a audiência de instrução e julgamento.

Por tudo isso:

ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado pela unanimidade dos votos da III Turma Julgadora de sua Primeira Câmara, conhecer da apelação interposta por Joaquim Mendes Moreira, para, reformando a decisão, rejeitar os embargos, por terem sido oferecidos sem o depósito da coisa, mandando que se proceda na execução, na forma da lei, imitido o exequente na posse da coisa e ficando prejudicada a apelação dos segundos apelantes, e, ao mesmo tempo, segundos apelados.

Custas pelos segundos apelados.

Goiânia, 11 de maio de 1967.

Hamilton de Barros Vellasco, — Presidente;

Manoel Amorim Félix de Sousa, — Relator;

Marcelo Caetano da Costa.

EXECUTIVO FISCAL — PROVA — INTIMAÇÃO — MEIOS DE DEFESA

— **Executivo fiscal. A certeza e a liquidez da dívida, que se prova com a certidão de sua inscrição no livro competente, depois de concluído o processo administrativo, no qual se observem as formalidades essenciais, é a base do executivo fiscal.**

— **Entre as formalidades essenciais para a validade do processo administrativo e, conseqüentemente, da certidão de dívida dêle originário, é a intimação do interessado da decisão final do mesmo processo, a fim de que dela possa recorrer, ou não, no prazo legal.**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Recurso Cível n.º 719

Relator: Desor. Manoel Amorim Félix de Sousa

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso civel **ex officio** n.º 719, vindos da comarca de Ipameri, sendo recorrente o Dr. Juiz de Direito e recorrida a Fazenda Pública Estadual.

A Fazenda Pública Estadual, representada pelo Dr. Promotor de Justiça da comarca de Ipameri executou a A. U. F., para dêle haver a importância de trinta e quatro mil e duzentos e quarenta e oito cruzeiros, referente ao impôsto de vendas e consignações, taxas de eletricidade e turismo, revalidação e sêlo do talão, multa e juros deduzidos do processo administrativo n.º 10.882.

Citado e executado e penhorados bens seus, embargou êle a penhora, afirmando a nulidade do auto de infração, decorrente de um processo administrativo no qual inobservaram formalidades essenciais, inclusive as referentes à defesa.

Juntado aos autos o processo administrativo, saneou o juiz o feito e, depois de breve instrução, julgou improcedente a execução mandando levantar a penhora e recorrendo de sua decisão.

Nesta Instância, a nobre Procuradoria manifesta-se pelo conhecimento do recurso e o seu improvimento, porque, a seu ver, nulo é o auto de infração, oriundo de processo administrativo onde houve cerceamento de defesa.

O recurso tem o seu suporte no que prescreve o artigo 53, do Decreto-lei n.º 960, de 17 de dezembro de 1938, o que enseja o seu conhecimento.

Bem andou o juiz não decretando a absolvição da instância pleiteada pelo executado, porque a sua mulher não fôra citada.

O princípio que rege a matéria está contido no artigo 7.º do Decreto-lei n.º 960, quando, como em tôdas as nações civilizadas, manda que a citação inicial para a execução fiscal se faça na pessoa do réu, ou do seu representante legal, dispensando a citação da mulher quando citado fôr o marido.

Ademais, a falta não lhe acarretou nenhum prejuízo.

O título, nos executivos fiscais, com que a Fazenda ingressa em Juízo, com sua intenção fundada de fato e de direito, é certidão extraída dos livros próprios da repartição, dos quais conste a inscrição da dívida de origem fiscal, porquanto, segundo o entendimento da lei, a obrigação tributária adquire liquidez e certeza, para servir de título executivo, quando, fixado o seu valor, é inscrita no livro especial e determinado da repartição fazendária.

Essa inscrição empresta liquidez à dívida fiscal, por um artifício legal, compondo-se, pois, uma presunção **juris tantum**.

Pela mesma maneira, a certeza decorre da certidão de dívida extraída do livro próprio.

"Portanto — é a lição de BARBOSA NOGUEIRA —, a favor da Fazenda existe uma presunção, mas ainda não um reconhecimento judicial de sua pretensão ("Curso de Direito Tributário", pág. 106)."

Por quaisquer dos meios com que é feito o lançamento fiscal, excluído o chamado autolançamento se o contribuinte estiver de acôrdo, pagando a obrigação no prazo assinado, essa mesma obrigação se extingue, definitivamente; mas, se em discordância, a própria legislação tributária lhe confere os meios de defesa, defesa essa que, desde que a Constituição Federal aboliu o contencioso administrativo, é a mais ampla tanto no âmbito do processo administrativo, como no executivo fiscal.

Na esfera do executivo, o executado deve, nos seus embargos, alegar, de uma só vez, tôda a matéria útil à defesa, segundo o expressivo mandamento do artigo 16, do Decreto-lei n.º 960, e que sugere a amplitude dessa mesma defesa.

É o que afirma o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em venerandos arestos trazidos por JOÃO MARTINS DE OLIVEIRA, para ilustrar o seu precioso livro — "Direito Fiscal":

"A circunstância de entrar a Fazenda com a sua intenção fundada na inscrição da dívida não tolhe que a parte articule a nulidade do processo administrativo pelas irregularidades, uma vez que a inscrição se baseia, exatamente, no mesmo processo. A defesa no executivo, é ampla e abrange qualquer vício do processo administrativo, servindo de base à inscrição. Não se pode denegar ao poder judiciário a faculdade de um exame retrospectivo quanto ao processo administrativo, relativamente às irregularidades que nêle possam ter havido (Ac. 15.6.1931)."

"É condição de legalidade do executivo fiscal que se tenha facultado ao executado os recursos administrativos admitidos por lei, antes de ser extraída a respectiva certidão de débito. A dívida não deve ser inscrita, desde que... (Ac. 11.8.1931)."

O executado, em seus embargos, alega matéria de nulidade no processo administrativo, tal seja a de não revestir o auto de infração da forma prescrita em lei, desatento à prescrição do artigo 114, do Código Tributário baixado pela Lei de n.º 89, de 23 de dezembro de 1947, que declara facilitados todos os meios de defesa aos autuados.

O auto de infração segundo a regra estabelecida no artigo 111 do Código, dirá, "com clareza, sem entrelinhas, rasuras, emendas ou borrões", a natureza de infração constatada, com amplos esclarecimentos a respeito do local, dia e hora de sua lavratura bem assim o nome do infrator, as testemunhas, quando hajam e tudo que possa esclarecer o processo.

Contudo, o auto, que pode ser datilografado ou impresso em relação às palavras usuais e preenchido à mão, nos claros, deverá ser lavrado no estabelecimento ou local em que foi verificada a infração (§ 1.º, art. 111).

O agente do fisco estadual que lavrou o auto em seu depoimento de fls. 95, conta-nos que, verificando a existência de uma diferença de estoque no bar pertencente a A. U. F., que é o executado, entregou-lhe uma nota de fiscalização para que prestasse esclarecimentos e, como mais tarde, ficou sabendo do executado, haver êle vendido essa diferença, constante de mercadorias, móveis e utensílios, para outro bar situado na cidade, lavrou, na Coletoria Estadual, o auto de infração, enviando a notificação ao infrator pelo correio.

Houve, pois, uma infração ao Código Tributário do Estado: a lavratura de auto fora do local onde se verificou a infração.

Mas, também, não foi observado o conteúdo do artigo 114, que dá ao autuado o direito da mais ampla defesa, no prazo de vinte (20) dias e o edital de citação dá-lhe apenas o prazo de dez dias.

Também é de relevância assinalar que o edital só tem lugar, quando desconhecido o domicílio ou residência do infrator (n.º 3, letra "e", inciso II, do art. 114), sendo o instrumento de convocação afixado em lugar público, ou publicado em jornal local, quando houver, ou, no caso do n.º, da mesma letra e inciso, com expedição de edital publicado no órgão oficial do Estado, quando ignorado o domicílio ou residência do infrator, e estiver êste sujeito à multa superior a dez mil cruzeiros.

No processo administrativo, se considerada válida a citação por edital desobedeceram as autoridades fiscais de Ipameri o mandamento contido na letra "f", do inciso II, do citado artigo 114, conduzindo o fato à presença de um cerceamento de defesa, sem justificativa, tendo em conta a data da sentença condenatória exarada pelo Sr. Coletor Estadual.

Contudo, aquela intimação deveria ser pessoal, porque o próprio fiscal de rendas que subscreveu o auto de infração e nêle exarou a declaração de que não intimara A. U. F. na própria pessoa, **por se encontrar ausente em lugar incerto e não sabido**, em suas declarações de fls. 95, informa ao juiz da causa que, sabedor de que a diferença fôra vendida a A. A., disse-lhe o executado A. U. F. que fizesse o que bem entendesse e, "diante da declaração do réu o depoente lavrou o auto de infração de fls. na Coletoria Estadual".

É outro vício, e grave do processo administrativo e do auto de infração.

Da sentença condenatória, qualquer que seja a importância da multa, cabe recurso voluntário para o Secretário de Estado da Fazenda (art. 116) e interposto dentro do prazo de vinte (20) dias contados pela forma fixada no final do § 3.º, do art. 115 e prorrogável, por 10 dias, no caso da letra "b".

Ora, a sentença condenatória foi lavrada no dia 10 de agôsto de 1961 e, em seu final, remete o seu prolator o processo à Secretaria de Estado da Fazenda para o lançamento do débito e a extração da respectiva certidão de dívida para a sua cobrança executiva.

Em quatro dias após, sem nenhuma intimação, quer ao executado, quer A. A., comprador das mercadorias, móveis e utensílios, reveladores da diferença pela qual fôra A. U. F. processado, já os autos do processo administrativo estavam entregues ao Diretor-Geral da Receita Estadual (cota de fls. 41, verso).

Já se demonstrou a presença do executado na cidade de Ipameri na data da lavratura do auto de infração e documentos há nos autos, de origem fiscal, que dão notícia de que êle naquela cidade reside e tem domicílio.

A remessa dos autos à Secretaria de Estado da Fazenda sem sua intimação da sentença condenatória, negando-lhe o direito ao recurso pelo próprio Código Tributário reconhecido, reflete, com evidência, outro vício, outro cerceamento de defesa, outra nulidade, que mancha a pureza da dívida executada, tornando-a ilíquida e incerta.

Não gera dívida líquida e certa processo administrativo eivado de nulidades.

Assim, — ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado, pela votação unânime da III Turma Julgadora de sua Primeira Câmara, conhecer da apelação e lhe negar provimento, para confirmar a sentença apelada, ressalvado ao Fisco Estadual a renovação do processo administrativo, atendida a lei específica.

Sem custas.

Goiânia, 11 de abril de 1966.

Paranahyba Pirapitin Santana,
Presidente

Manoel Amorim Félix de Sousa,
Relator

Marcelo Caetano da Costa

Hamilton de Barros Vellasco
Fui presente:

Romeu Pires de Campos Barros
Procurador-Geral de Justiça.

FISCAL DE RENDAS — REMOÇÃO — ZONA FISCAL — SEGURANÇA INDEFERIDA

— Se o impetrante concordou com a ordem de seu superior, deslocando-se para outra zona fiscal de igual categoria, não há que falar em lesão de seu direito, já não servindo mais seu arrependimento tardio.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Mand. de Seg. n.º 290

Relator: Desor. Fausto Xavier de Rezende

ACÓRDÃO

Vistos, oralmente relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 290, da comarca de Goiânia, em que é requerente Tarcílio do Carmo Ferreira e requerido o Sr. Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Goiás.

Acordam os desembargadores componentes do Tribunal Pleno, por maioria de votos, conhecer do pedido, mas para o indeferir. Tarcílio do Carmo Ferreira, brasileiro, casado, residente em Taguatinga, neste Estado, funcionário público estadual, requereu a esta Côrte mandado de segurança, alegando que êle, na qualidade de fiscal de rendas do Estado, estava lotado na 14.a zona fiscal, com sede em Arraias, quando, inexplicàvelmente, se viu removido, por ordem do Sr. Secretário da Fazenda do Estado, para a 10.a zona, com sede em Formosa.

Ora, tal ato, frisa, fere o disposto no art. 89 da Lei 4.100, de 6-7-1962 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás), pois nenhum funcionário pode ser transferido de ofício para cargo ou função no período de seis meses anteriores e três mêses posteriores ao pleito.

Expõe que a portaria do Secretário da Fazenda é de 28 de junho de 1965 e está publicada no "Diário Oficial" de 3-7-1965, portanto, dentro do prazo proibido por lei, de vez que as eleições estavam marcadas para dia 3 de outubro de 1965.

Pretendendo o requerente ser mantido na zona onde está, lançou mão do presente "writ", de vez que seu direito é líquido e certo. Notificada a autoridade coatora a prestar informações, esta disse que o ato não redundou em prejuízo para o impetrante, porque a remoção se deu sòmente com relação à zona, tendo sido respeitada a categoria. Assim sendo, inexiste direito certo e incontestável a favor do suplicante, desde que a medida é discutível. Ouvido a respeito, o Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral de Justiça foi pelo indeferimento do pedido, por parecer-lhe que o caso não é para mandado de segurança.

É o relatório. O Impetrante, Fiscal de Rendas do Estado, viu-se removido de sua zona, com sede em Arraias, para outra de igual categoria, com sede em Formosa, por ato do Sr. Secretário da Fazenda, dentro do prazo proibido por lei.

Julgando que tal ato atentava contra um direito seu, líquido e certo de permanecer em sua zona fiscal, impetrou êle o presente "writ", visando ao retôrno à região da qual fôra remo-

vido. Ocorre, porém, que o requerente cumpriu a ordem de seu superior, deslocando-se para Formosa. Só depois de feito isso foi que ingressou em juízo, quando já cessada a lesividade de seu direito.

A lição dos mestres é de que a violação ou ameaça por ilegalidade ou abuso do poder há de estar vivida no ato do ajuizamento do mandado de segurança. Assim, se o coator vier a praticar atos incompatíveis com a continuidade da lesão do direito, consentindo-a, esta está terminada e o remédio jurídico não tem mais razão de ser.

Concordando êle com a ordem tida por llegal, não há que falar em lesão de direito, já não servindo mais seu arrependimento tardio. Custas pelo requerente.

Votaram, em parte, vencidos, os Exmos. Srs. Desembargadores: Romeu Pires de Campos Barros e Renato Coelho, que não conheciam do pedido.

Goiânia, 22 de fevereiro de 1967.

Manoel Amorim Féliz de Sousa,
Presidente com voto

Fausto Xavier de Rezende,
Relator

Marcelo Caetano da Costa

Romeu Pires de Campos Barros

Clenon de Barros Loiola

Renato Coelho

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — APOSENTADORIA — VANTAGEM DOS 30%

— Interpretação da Lei n.º 2.588, de 23 de setembro de 1959

— O que distingue o cargo isolado do cargo de carreira é que, neste, o acesso é gradual e progressivo, enquanto que aquêle não se integra em classes.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Apelação Cível n.º 4.644

Relator: Desor. Marcelo Caetano da Costa

ACÓRDÃO

Vistos, relatados, discutidos e examinados êstes autos de apelação cível ex-offício número quatro mil se scentos e quarenta e quatro (4.644), da comarca de Goiânia, onde figuram como apelante o doutor Juiz de Direito da segunda vara e apelados Alcides José da Silva e outros.

ACORDA a Quarta Turma, da Primeria Câmara Cível do Tribunal de Justiça dêste Estado, incorporado o relatório retro e adotando o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, sem divergência de votos, conhecer do apêlo e, desprezado o agravo no auto do processo, negar provimento à apelação, a fim de confirmar a decisão recorrida.

E assim se decide. pois, relativamente ao agravo no auto do processo, foi êle intempestivamente formalizado, visto como requerido em trinta e um (31) de mil novecentos e sessenta e cinco (1965). sòmente em seis (6) de julho daquele ano foi assinado o respectivo "têrmo".

Quanto ao mérito, não há dúvida quanto ao direito dos apelados à percepção do aumento de trinta por cento (30%), a que se refere a Lei número dois m'l quinhentos e oitenta e oito (2.588), de vinte e três (23) de setembro de mil novecentos e cinquenta e nove (1959). Tôda a questão se encerra em tôrno da discussão de serem, de carreira ou isolados, os cargos ocupados pelos apelados, por ocasião da aposentadoria.

Efetivamente, não se confunde cargo isolado, com cargo de carreira, pois êste se define exatamente pela existência de acesso gradual e progressivo, o que não ocorre relativamente aos cargos isolados, que não se integram em classes.

Carreira, na conceituação do **Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás** é um conjunto de classes da mesma profissão ou atividade, com denominação própria, escalonadas segundo os padrões de vencimentos, mediante acesso gradual e sucessivo.

Vê-se, por aí, que os cargos dos apelados não se ajustam a êste conceito, por faltar o elemento característico oriundo do acesso gradual e sucessivo.

Entende-se por **cargo isolado** aquêle que não se integra em classes e corresponde a certa e determinada

função definitiva em regulamento. A única dúvida que poderia surgir seria quanto aos Inspetores de Polícia, no entanto, como frisa a douta Procuradoria Geral de Justiça, quanto a êstes ainda devida seria a percentagem, por constituir final de carreira.

No que concerne ao apelado Deusdedit Felix de Souza é fora de dúvida que a Lei número dois mil setecentos e setenta e nove (2.779) de onze (11) de novembro de mil novecentos e cinquenta e nove (1959) atingiu a sua situação, beneficiando-o com o aumento pretendido.

Os honorários advocatícios naturalmente que são devidos em virtude do princípio de sucumbência. Destarte, não há qualquer reparo a se opôr à decisão recorrida, que julgou com acêrto e merece ser confirmada. Custas, **ex lege**. Goiânia, 22 de maio de 1967. Manoel Amorim Feliz de Souza, presidente. Marcelo Caetano da Costa, Relator. Hamilton de Barros Vellasco. Antônio Diurivê Ramos Jubé.

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA — RETIFICAÇÃO DE DECRETO — MANDADO DE SEGURANÇA

— Aposentadoria voluntária. Concessão de Mandado de Segurança para retificação do ato respectivo. Se existe uma lei que, de modo inequívoco, tutela a pretensão do servidor, no tocante a vantagens adquiridas em sua vida funcional, não pode a Administração regateá-las estabelecendo condições para aquisição de direito não previstas em texto legal.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Mand. de Seg. n.º 310

Relator: Desor. Clenon de Barros Loiola

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança n.º 310, da comarca de Goiânia, em que é requerente Francisco Vieira da Paixão e requerido o Governador do Estado.

Acorda o Tribunal de Justiça em Tribunal Pleno, sem divergência de votos, conhecer do pedido e deferí-lo, a fim de que seja retificado o decreto de aposentadoria do requerente.

Francisco Vieira da Paixão, Fiscal de Rendas, símbolo A.F.3-4-41, do Quadro Único do Funcionalismo do Estado, foi aposentado por decreto de 19 de maio de 1966, baixado pelo Senhor Governador do Estado, com os vencimentos e vantagens da classe imediatamente superior, ou seja, do cargo de Assessor Fiscal, conforme dispõe o inciso I do art. 254 da Lei n.º 4.100, de 6 de julho de 1962, ao invés dos vencimentos e vantagens de seu cargo, aumentados de trinta por cento (30%), como determina o inciso II do mesmo artigo. Irresignado com tal ato governamental, ajuizou, em tempo próprio, o presente pedido de segurança, por entender que, ocupante que era de cargo isolado de provimento efetivo com mais de trinta anos de serviço efetivo, na data da publicação da Lei n.º 4.600, de 1.º de outubro de 1963, que revogou o mencionado art. 254, dos Estatutos dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás, mas ressalvou, no parágrafo 1.º de seu art. 5.º os direitos aos "benefícios estipulados na legislação anterior", fazia jus, no ato de aposentadoria, ao aumento de trinta por cento, motivo por que deve a autoridade coatora ser compelida a ratificar o decreto de que se trata.

O Senhor Governador do Estado, defendendo o seu ato, apresentou os seguintes argumentos:

1.º) — a aposentadoria regula-se pelas leis em vigor na data de sua concessão;

2.º) — o impetrante ocupava, então, cargo de carreira, criado pela Lei n.º 5.000, de 14 de novembro de 1963 (Lei de Reclassificação de Cargos);

3.º) — o ato de aposentadoria foi registrado no Tribunal de Contas

do Estado, do que se deduz sua perfeita legalidade.

Chamada a opinar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do pedido, ante as questões de fato que a espécie suscita e ser impróprio o remédio invocado para se obterem efeitos patrimoniais. Não procede, porém, o reparo do ilustre Membro do Ministério Público, que subscreveu o parecer de fls.

As questões de fato não encontram mesmo no processo de mandado de segurança vez para sua discussão. Todavia, competindo ao Poder Judiciário decidir sôbre caso concreto, todo aquêle que bate às portas dêsse Poder para pedir uma prestação jurisdicional traz a seu conhecimento um fato, de que decorre a relação jurídica.

O que afasta a possibilidade de ação mandamental é a **questio facti**, isto é, a controvérsia sôbre acontecimentos capazes de gerar direitos e obrigações. No caso **sub judice**, o próprio ato impugnado reconhece que o requerente, contando 30 anos de serviço efetivo, quando se revogou o artigo 254, dos Estatutos dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás, tem direito, no entretanto, a invocar o seu benefício, em virtude da ressalva da lei revogadora (§ 1.º do art. 5.º da Lei n.º 4.600, de 1.º de outubro de 1963).

Remanesce discussão tão só quanto à aplicação do inciso I ou II do prefalado texto legal, e a informação da honrada autoridade coatora dá os elementos para o deslinde da questão. Diz o Senhor Governador do Estado que o cargo de Fiscal de Rendas era mesmo cargo isolado de provimento efetivo, mas até entrar em vigor a Lei n.º 5.000, de 14 de novembro de 1963, chamada Lei de Reclassificação de Cargos.

Ora, essa Lei de Reclassificação foi publicada no Diário Oficial de 30 de dezembro de 1963, entrando em vigor depois da vigência da Lei nº 4.600, de 1.º de outubro de 1963, cujo parágrafo 1.º do art. 5.º consolidou a situação jurídica do servidor requerente, para efeito de aposentadoria.

É verdade que os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o servidor reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade fôr volutária (Sumula n.º 359).

Respeitam-se, porém, os direitos adquiridos, no próprio interêsse da Administração, que revogando leis de favores, deve evitar o estímulo à inatividade, para o qual se transferiram todos os que, preenchendo os requisitos para a aposentadoria voluntária, estivessem adiando o exercício do ato postulatório.

Demais disso, se existe uma lei, que, de modo inequívoco, tutela a pretensão do servidor, no tocante a vantagens adquiridas em sua vida funcional, não pode a Administração regateá-las, estabelecendo condições para aquisição de direito não previstas no texto legal.

Declarou impedimento o Exmo. Senhor Desembargador Romeu Pires de Campos Barros, que serviria, no feito, como Procurador-Geral de Justiça. Custas **ex lege**.

Goiânia, 16 de março de 1967.

Everardo de Sousa, Presidente;

Clenon de Barros, Loiola, Relator;

Hamilton de Barros Vellasco;

Antônio Diurivê Ramos Jubé.

Geraldo Bonfim de Freitas;

Paranahyba Pirapitinga Santana;

Manoel Amorim Félix de Sousa;

Fausto Xavier de Rezende;

Marcelo Caetano da Costa.

Tomou parte no julgamento o Exmo. Sr. Desor. Ramos Jubé. Data supra. C. de B. Loiola.

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — INTERINIDADE — DEMISSÃO **AD NUTUM**

— **"A clássica distinção entre o poder vinculado e o poder discricionário. No primeiro caso, a conduta da autoridade administrativa não é subordinada a uma regra de direito; no último caso, é defeso ao administrador agir livremente, sob pena de cometer uma ilegalidade. Há direito líquido e certo em prol dos funcionários ocupantes de cargos isolados, efetivados por fôrça de lei especial.**

— **Recurso de agravo de petição conhecido e desprovido".**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Agravo de petição n.º 228

Relator: Desor. Jorge Salomão

ACÓRDÃO

Vistos, relatados, oralmente e discutidos êstes autos de agravo de petição n.º 228, em mandado de segurança, da comarca de Petrolina de Goiás, em que é agravante o Dr. Juiz de Direito e são agravados G. R. C. e outros.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado, por votação convergente dos desembargadores, em Câmaras Reunidas, adotado o parecer da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, conhecer do agravo de petição e lhe negar provimento, para confirmar a decisão agravada.

Custas, **ex vi legis**.

G. R. C. e J. F. S., já qualificados, funcionários públicos municipais, via de seu advogado, impetraram ao Dr. Juiz de Direito da comarca de Petrolina de Goiás mandado de segurança contra o ato do sr. Prefeito Municipal que os exonerou de suas funções, alegando que o primeiro foi nomeado escriturário-datilógrafo, por portaria n.º 45, de 1-4-1962, baixada pelo Decreto n.º 53, de 8/8/1964, foi nomeado para o cargo de Coletor Tesoureiro da dita Prefeitura, e que o último foi nomeado por portaria n.º 89, de 1-6-1963, da mesma Prefeitura, para exercer o cargo de Fiscal Geral; que, por fôrça da Lei municipal n.º 126, de 5 de novembro de 1965, os impetrantes foram efetivados em seus respectivos cargos; que, apesar de haverem adquirido efetividade, foram exonerados por ato do nôvo Prefeito eleito pela facção política contrária à que até então dominava, naquele município (docs. de fls. 14 e 15); que os impetrantes, ao serem efetivados, ocupavam cargos de provimento isolado e não de carreira, de sorte que o ato impugnado não tem assento em lei, cabendo, no caso, a concessão do mandado de segurança para garantia de um direito líquido e certo em favor dos impetrantes que estão ao amparo de uma lei municipal.

O "petitum" está instruído com diversos documentos.

Em suas informações, o sr. Prefeito Municipal procurou justificar, com base na lei orgânica dos Municípios, a demissão dos requerentes, tanto mais que a lei municipal que os efetivou é inconstitucional, não se esquecendo de que um dos Atos do Comando Revolucionário derrogou o instituto da estabilidade; que, destarte, inexiste direito líquido e certo em favor dos requerentes.

O Dr. Representante do Ministério Público, em seu parecer, se pronunciou no sentido de ser denegada a segurança.

Na prestação jurisdicional, o Dr. Juiz de Direito da comarca acolheu o pedido para conceder a segurança e recorreu de ofício para esta instância Colegiada onde foi obtido o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de ser conhecido e desprovido o recurso oficial.

Não houve recurso voluntário por parte da Prefeitura sucumbente.

É o relatório.

Isto pôsto: a decisão do primeiro grau não merece nenhum reparo, porque está calçada na doutrina e na jurisprudência.

É de sabença trivial que o funcionário interino pode ser dispensado, de acôrdo com a conveniência e as necessidades do serviço público, porque, em geral, não se acha integrado a um quadro fixo, podendo ser demitido e dispensado "ad nutum": isto é, independentemente de formalidades processuais.

Está firmado pelo legislador o princípio de que os funcionários efetivos sòmente poderão ser demitidos, se vitalícios por sentença com trânsito em julgado; se estáveis, mediante processo administrativo e, se em estágio probatório, pela forma legal, vale dizer, por meio de sindicância.

Então, só o funcionário interino pode ser demitido sumàriamente, a qualquer tempo, por motivos de conveniência ou de oportunidade.

Aí reside, portanto, a distinção clássica entre o poder vinculado e o poder discricionário da pública administração. No primeiro caso, a conduta da autoridade administrativa não é subordinada a uma regra de direito; no último caso, é defeso ao administrador agir livremente, sob pena de cometer uma ilegalidade. (Ac. do Eg. Tribunal Fed. de Recursos, de 22-7-1965, pub. "in" Diário Oficial da União de 21-1-1966).

"In specie juris", os impetrantes que ocupam cargos isolados e não de carreira, foram efetivados pela Lei n.º 126, de 5 de novembro de 1965, daquela municipalidade. Logo, não podia mais o Prefeito Municipal demití-los, **ad nutum**.

O texto citado na inicial, referentemente àquela Lei n.º 126, dispõe **in-verbis:** "Ficam efetivados todos os funcionários interinos, integrantes do quadro único do funcionalismo da Prefeitura e Câmara Municipal de Petrolina de Goiás, cujo ato de nomeação ou admissão tenha sido publicado até o dia 30 de setembro de 1965 (art. 1.º)..

Ora, os impetrantes G. R. C. e J. F. S. ocupavam ao entrar em vigor a mencionada lei municipal, os cargos de Coletor Tesoureiro e de Fiscal Geral da Prefeitura, respectivamente.

Beneficiados **ex vi legis**, não podiam ser demitidos sem observância das formalidades legais.

Não há, na espécie, a inconstitucionalidade arguida pela autoridade averbada de coatora, no tocante à referida lei municipal.

É que a lei ordinária pode ampliar os direitos dos servidores federais, estaduais ou municipais, excluídos, porém, os extranumerários, os interinos e os em comissão.

Portanto, os impetrantes recorreram, **in oppºrtuno tempore**, à ação mandamental para resguardarem o seu direito líquido e certo, vez que o administrador municipal cometeu uma ilegalidade, porque seu ato contrariou preceito de lei.

De ver, afinal, que os impetrantes estavam já garantidos por um direito objetivo, não podendo ser atingidos pelo poder discricionário da autoridade administrativa, já submetida a uma obrigação jurídica com êles.

Dada à relação jurídica estabelecida entre a pública administração municipal e os impetrantes, fixou-se a competência vinculada, não sendo ela mais considerada como juiz da oportunidade de sua atuação.

Daí porque bem andou o Dr Juiz apelante em conceder a segurança aos impetrantes, reintegrando-os nos cargos dos quais foram despojados ilegalmente.

Não merece censura a prestação jurisdicional do juízo monocrático, impondo-se a sua confirmação.

Goiânia, 7 de dezembro de 1966.

Paranahyba Pirapitinga Santana
Presidente

Jorge Salomão — Relator

Marcelo Caetano da Costa

Hamilton de Barros Velasco

Antônio Diurivê Ramos Jubé

Geraldo Bonfim de Freitas

Fausto Xavier de Rezende
Fui presente:

Arinam de Loyola Fleurí
Procurador-Geral de Justiça

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — REMOÇÃO — MANDADO DE SEGURANÇA

— Confirma-se a sentença do Juiz denegatória de Mandado de Segurança, requerido por funcionário público contra ato de sua remoção, quando êste não comprova os motivos em que se fundamentou o pedido.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Agravo de petição n.º 274 em MS

Relator: Desor. Romeu Pires de Campos Barros

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Agravo de Petição n.º duzentos e setenta e quatro (274) (Mandado de Segurança), da comarca de Goiânia, em que figura como agravante o Dr. Jairo Ferreira de Castro, e como agravada a Superintendência da Organização de Saúde do Estado de Goiás:

Acordam, em Tribunal Pleno, por votação unânime, em conhecer do agravo e lhe dar, em parte, provimento para excluir da sentença agravada a condenação do vencido ao pagamento dos honorários de advogado, ficando, quanto ao mais, confirmada a sentença, por suas conclusões.

Custas, pelo agravante.

O Dr. Jairo Ferreira de Castro, médico, funcionário da Organização de Saúde do Estado de Goiás (OSEGO), impetrou Mandado de Segurança perante o juízo da 6.ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, alegando que fôra removido mediante Portaria do Diretor da citada organização, do Pôsto de Saúde da cidade de Uruana para idêntico cargo na cidade de Arraias, afirmando que tal remoção se dera por perseguições políticas do govêrno, visto que o impetrante pertencera à facção política contrária à dominante.

Recebida a inicial, que veio instruída de diversos documentos, o Dr. Juiz de Direito determinou se notificasse a autoridade coatora para que prestasse informações, tendo esta respondido, em longo ofício (fls. 34/35), alegando que a remoção se verificou como ato de rotina administrativa e em atendimento ao interêsse da administração pública, uma vez que se trata de funcionário que não goza de garantia de inamovibilidade.

Afirmou, mais, a autoridade informante, que a remoção se verificou por necessitar a cidade de Arraias de um médico para cuidar da unidade sanitária ali existente, onde não existem nem facultativos, nem hospitais, enquanto Uruana e suas cidades vizinhas possuem hospitais e vários médicos com clínicas especializadas. Por último informa, também que o impetrante teve seus vencimentos majorados em sessenta por cento (60%), em virtude dessa remoção.

Recebidas tais informações, o Dr. Juiz de Direito determinou audiência do Dr. Promotor de Justiça, em exercício naquela vara, tendo êste opinado no sentido da concessão da medida.

Devidamente instruído o procedimento, sentenciou o Dr. Juiz de Direito (fls. 45/48), argumentando que a existência de um direito subjetivo líquido e certo é pressuposto essencial para a concessão da medida pleiteada.

No entanto, afirma Sua Excelência, que dispondo o artigo 84, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás, que a remoção de seus funcionários poderá ser feita **ex officio**, no interêsse da administração, a mobilidade é a regra, constituindo a inamovibilidade a exceção.

Argumenta ainda a sentença agravada, que sendo permitida por lei a remoção de seus funcionários, a administração pública, quando assim procede, exercita faculdades discricionárias que são inerentes ao poder de administração. Diante disso, não se verifica abuso de poder, dado que não houve desvio da função na espécie.

Embora reconheça que o ato possa acobertar expediente político, não se reveste êle de ilegalidade.

Diante de tais considerações, concluí a decisão por denegar a ordem impetrada, e condenar o impetrante ao pagamento das custas do processo e dos honorários de advogado, da parte vencedora, sendo aquêles na base de dez por cento (10%), do valor atribuído à causa.

Inconformado agrava o impetrante, fls. quarenta e nove a cinquenta e dois (49/52), insistindo em que o ato se reveste de abuso de poder da autoridade coatora.

O agravo foi contraminutado pela OSEGO, por intermédio de um Procurador do Estado (fls. 55/59) fôlhas cinquenta e cinco e cinquenta e nove, que, em longo arrazoado, procura demonstrar o acêrto da decisão recorrida. Falou ainda a Promotoria de Justiça, em primeira (1.ª instância, fls. sessenta e dois (62), acentuando que a sentença agravada deve ser mantida.

Nesta instância, opina também a Procuradoria-Geral de Justiça, fls. sessenta e seis a sessenta e sete (66/67), entendendo que o recurso deve ser conhecido, negando-se-lhe, no entanto, provimento.

Entende a douta maioria, segundo o voto do eminente Desembargador Clenon de Barros Loiola, que a sentença merece confirmação porque não se comprovaram os motivos da remoção alegados pela impetrante, e neguem a verba de honorários, concedida pela sentença agravada, tendo em vista que a Superintendência da Organização de Saúde do Estado de Goiás, foi defendida, na ação de mandado de segurança, pela Procuradoria do Estado, órgão estadual que tem sua finalidade.

Assim, não se justificaria o recolhimento dos honorários aos cofres públicos visto que não é prevista em lei essa forma de arrecadação. Data **venia**, assim não entende o relator do acórdão.

Em primeiro lugar confirma a sentença agravada, na parte em que denegou a segurança impetrada, por seus próprios fundamentos.

Trata-se de remoção de funcionário público estável. Êste não goza da garantia de inamovibilidade. A lei não especifica os casos de remoção, limitando-se a dizer que tal ato se verifica no interêsse da administração.

Ao judiciário cumpre examinar a legalidade ou não do ato administrativo, e não a sua vantagem ou desvantagem para o serviço público.

O poder discricionário é aquêle que autoriza o agente do Estado operar dentro de determinados limites. É certo, todavia, o exame pelo órgão judicante quanto ao mérito de determinado ato da administração, atenta contra o princípio da autonomia dos podêres, além de importar numa intolerável ingerência em assunto estranho às suas finalidades.

Daí porque acertada se nos afigura a sentença recorrida, quando afirma que não houve, na espécie, abuso de poder, sendo que o órgão administrativo contra o qual se impetra a segurança, agiu nos limites de sua faculdade discricionários.

Embora concorde com o relator, em dar parcial provimento ao recurso, reformando a sentença agravada, na parte que que condenou o impetrante ao pagamento dos honorários de advogado, não adota também os fundamentos da douta maioria, e sim, por entender, que a ação de mandado de segurança se desenvolve entre o impetrante e a autoridade coatora, não assumindo esta a função de parte em sentido substancial na relação processual. Enquanto que, sujeito passivo da lide, ou parte em sentido substancial na relação processual é o próprio Estado.

Ora, dispondo êste de um órgão permanente para sua assistência jurídica — a Procuradoria-Geral do Estado — mesmo assim, nem sempre assume a função de parte na ação.

Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, depois de citar diversos exemplos em que o litisconsórcio processual se forma, explica:

"O exame dêsses casos de mandado de segurança revela, portanto, que o Estado (pessoa jurídica de direito público interno ou uma de suas autarquias) é o sujeito passivo da lide. Em todos os exemplos figurados, o sujeito passivo da ação é a autoridade coatora.

A eficácia do julgado deve estender-se ao sujeito da ação. Já podemos, neste passo, consignar a primeira limitação à eficácia da decisão que concede mandado de segurança: quando o Estado (sempre entendido como pessoa jurídica de direito público interno ou uma de sua autarquias) não fôr o sujeito passivo da lide, o julgado que concede o mandado é, para êle, **res inter alios**" (Direito processual civil, edição Saraiva — 1965 pág. 53).

Na espécie, embora o Estado tenha a posição de sujeito passivo da lide, e a OSEGO, a de sujeito passivo da ação pôsto que contra o ato de seu diretor é que se dirige o pedido, se êste órgão estatal tivesse contratado um advogado para defendê-lo, não teria dúvida de que, pelo princípio da sucumbência (artigo 64, do Código de Processo Civil, com a nova redação constante da Lei n.º 4.632 de dezoito (18) de maio (5) de um mil novecentos e sessenta e cinco (1965), deveria a parte vencida ser condenada.

Já o mesmo não acontece na forma pela qual se desenvolveu o presente pronunciamento, no qual a Procuradoria-Geral do Estado, conforme consta do instrumento de mandado de fls. sessenta (60), surge, não como órgão estatal, mas sim emprestando seus serviços jurídicos à OSEGO, defeso lhe é, por isso receber honorários, situação esta sem amparo na legislação específica.

Essas as razões que me levam a negar a condenação do impetrante ao pagamento dos honorários, no caso em exame.

Goiânia, vinte e quatro (24) de abril (4) de um mil novecentos e sessenta e oito (1968).

Manoel Amorim Félix de Sousa
Presidente

Romeu Pires de Campos Barros
Relator

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — VANTAGEM DOS 30% — REAJUSTAMENTO

— Os trinta por cento (30%) devem ser calculados sôbre os proventos reajustados e não computados apenas uma vez no ato concessório da aposentadoria. Tôdas as vêzes em que houver aumento, os 30% serão reajustados na base do acréscimo feito.
— Jamais caducará o prazo da ação mandamental, por serem consideradas as últimas como subsequentes das primeiras.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Mandado de Segurança n.º 377 — Goiânia

Relator: Desor. Fausto Xavier de Rezende

ACÓRDÃO

Vistos, oralmente relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 377, da comarca de Goiânia em que é requerente Joaquim Brandão Ferreira e requerido o Governador do Estado de Goiás:

Acordam os desembargadores componentes do Tribunal Pleno, por maioria de votos, conhecer do pedido e por unanimidade conceder a segurança impetrada. Joaquim Brandão Ferreira, funcionário público estadual, aposentado, com base no art. 150 §§ 3.º e 21.º da Constituição Federal e Lei n.º 1.533, de 31-12-1951, impetra a esta Côrte um mandado de segurança contra o Exmo. Sr. Governador do Estado para o fim de ver retificadas suas apostilas com tôdas as alterações de seus proventos a partir de maio de 1959, na parte que lhe afetou os trinta por cento (30%) de acréscimo sôbre a respectiva aposentadoria.

Alega o impetrante que há vários atos da administração pública na expedição de apostilas decorrentes de atualização de seus proventos, partindo o primeiro de 19 de janeiro de 1962 e o mais recente de 28 de novembro do ano passado. Todos êles se basearam no decreto de 9 de maio de 1959 (doc. fls. 9), e o órgão encarregado da expedição das respectivas apostilas sempre manteve a orientação da irreajustabilidade do acréscimo de trinta por cento (30%) do ato concessório da aposentadoria.

Ciente, no entanto, de que a administração pública em caso idêntico havia concedido o reajustamento dêsse acréscimo a funcionário aposentado de outra rapartição (doc. 17), postulou o impetrante, administrativamente, em 19 de outubro de 1965 o mesmo benefício, o qual, porém, foi denegado por despacho da Governadoria do Estado. Daí a segurança reclamada que êle julga tempestiva.

Notificada a autoridade coatora, esta prestou as informações de fls. 30 a 33, nas quais como matéria preliminar, fala que não é de se conhecer da segurança por não estar a inicial instruída de acôrdo com as disposições da Lei n.º 1.533, de 31-12-1951.

Quanto ao mérito diz que o pretenso direito do impetrante não deve ser considerado líquido e certo.

Ouvido, o Exmo. Sr. Dr. Pro.

curador-Geral de Justiça foi de parecer, preliminarmente, pelo não conhecimento do pedido, por ser o mesmo flagrantemente inoportuno. No mérito, foi pela concessão da medida. E o relatório.

Vamos de início enfrentar a questão da tempestividade da pretensão mandamental. Datada de 2 de janeiro do ano em curso, baseou-se a inicial no despacho denegatório, de cujo teor teve conhecimento o impetrante em 5 de dezembro de 1967, antes portanto, como frisa, de ter esgotado o prazo de 120 dias para a respectiva súplica.

As apostilas, atos tidos como impugnados, foram expedidas em 19 de janeiro de 1962, de 19 de setembro de 1963, 9 de março e 23 de dezembro de 1964, e, por último, em 28 de novembro de 1967, esta como implícita no pedido inicial (item III), porque a segurança reclamada se funda no ato denegatório de 21 de junho de 1967 (doc. fls. 21).

Levando-se em conta, pois, que a lesão do direito do impetrante se efetuou depois de esgotados todos os meios administrativos, não haveria nenhuma dúvida para o conhecimento da medida reclamada.

Ora, o impetrante usou amplamente do remédio administrativo só recorrendo à via judicial depois do último indeferimento. Para argumentar, levantemos com respeito à primeira manifestação negatória sôbre o reajuste dos trinta por cento (30%), quando da apostila expedida em 19 de janeiro de 1962.

Há quem entenda que daí é que começa a fluir o prazo para o mandado, porque a primeira inserção do benefício na apostila é que veio configurar a lesão do direito do impetrante.

No que tange a esta parte não temos dúvida que existe a possibilidade da cisão do pedido inicial, para conhecimento da segurança com relação à última apostila, data de 28 de novembro de 1967, considerada como violadora também dos direitos do impetrante. Testaria a êste, se assim fôsse deferido o direito de recorrer às vias judiciais ordinárias para o respectivo reparo de outras alterações de vencimentos.

Todavia, o nosso entendimento é bem diverso do que ficou exposto linhas atrás, aliás com apoio na **jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos.**

Como sabemos, os atos correspondentes a reajustamento de vencimentos são feitos mediante apostilas da Secretaria da Administração —e se repetem em cada alteração de vencimentos do funcionário, ativo ou inativo, independentemente de qualquer requerimento da parte.

Assim sendo, havendo ilegalidade na expedição dessas apostilas jamais caducará o prazo da ação mandamental, por serem consideradas as últimas como subsequentes das primeiras.

Destarte é que não depende de requerimento seu, o que vem configurar um verdadeiro ato omissivo da autoridade apontada como coatora. Daí porque o pedido deve ser conhecido.

Quanto ao mérito, a espécie não oferece dificuldade, desde que caso idêntico já foi decidido por êste Tribunal. Tal como foi julgado os trinta por cento (30%) devem ser calculados sôbre os proventos reajustados e não computados apenas uma vez no ato concessório da aposentadoria.

Tôdas as vêzes em que houver aumento para o impetrante, os trinta por cento (30%) serão calculados na base do acréscimo feito.

Nessas condições, violado que foi o direito líquido e certo do impetrante, cabível é o remédio de que lançou mão e merece deferimento. Custas "ex lege".

Votaram vencidos na preliminar os exmos. srs. Desembargadores Marcelo Caetano da Costa e Renato Coêlho.

Tomaram parte no julgamento os exmos. srs. Desembargadores Jorge Salomão, Marcelo Caetano da Costa, Romeu Pires de Campos Barros, Clenon de Barros Loiola, Renato Coêlho, Geraldo Magela, Hamilton de Barros Velasco Geraldo Bonfim de Freitas, Paranaíba Pirapitinga Santana e Everardo de Souza.

Goiânia, 8 de maio de 1968.

(as) Manoel Amorim Félix de Sousa, Presidente. Fausto Xavier de Rezende, Relator. Marcelo Caetano da Costa, vencido com o seguinte voto:

"O prazo de 120 dias fixado em lei para propositura do mandado de segurança, visa, segundo o melhor entendimento, à forma processual e e não à relação jurídica substancial.

Daí ter a doutrina, com muito acêrto e procedência, considerado tal prazo como de **decadência**, e não de prescrição, insuscetível, portanto de interrupção ou suspensão. "No entanto, tem havido séria divergência no que diz respeito à fixação do **dies a quo**, especialmente quando haja pedido de reconsideração do ato impugnado.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, firmou que o pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança (SÚMULA n.º 430).

Também decidiu aquêle Pretório Excelso que, em se tratando de atos administrativos de **execução autônoma e sucessiva,** reabre-se, a cada ato, o prazo do art. 18 da L. 1.533, de 1951, **ut** se vê da R. T. J. vo. 40/152.

No caso vertente, como se vê do venerando acórdão supra a douta maioria entende que se há ilegalidade na expedição de apostilas, jamais caducará o prazo da ação mandamental, por serem consideradas as últimas como subsequentes das primeiras.

E, foi aí que entramos em divergência com a douta maioria, pois se não há execução autônoma e sucessiva, não se reabrirá o prazo para o mandado de segurança.

A autonomia da execução é indispensável, pois só assim teremos uma nova coação ou ilegalidade, ensejando a reabertura de nôvo prazo.

Segundo o nosso entendimento, na hipótese, a ilegalidade foi uma só, isto é, o primeiro ato que concedeu —e fixou os 30%, declarando-os irreajustáveis. Não houve reiteração da ilegalidade, autônoma e sucessiva de molde a constituir um ato coativo **reiterado,** constante, sucessivo, renovado periòdicamente. Ao contrário, tudo gira em tôrno da decisão concessiva da percentagem, a qual é datada de 6 de dezembro de 1961.

O impetrante foi aposentado no cargo de Tesoureiro A. F. ..... 2.1.16-7, integrante do Quadro Único do Funcionalismo do Estado, conforme despacho do exmo. sr. Governador do Estado, publicado no Diário Oficial de 19 de maio de 1959 (fls 9).

Posteriormente foi sancionada a L. 2.588, de 23/9/1959 que, no art. 2.º mandou aumentar de 30% os proventos de certos aposentados, benefício êsse que pela L. 2.779 de ..... 11/11/1959 teve efeito retroativo.

Em consequência, o impetrante obteve através de decreto do Poder Executivo, datado de 6 de dezembro de 1961, publicado no D. O. de 28 do mesmo mês e ano, os benefícios do aumento de 30% sôbre os proventos da aposentadoria (fls. 10). Em 9 de março de 1964 o impetrante teve seus vencimentos reajustados e fixados em Cr$ 4.696,60, a percentagem de 30%, baseada, diz a apostila, em decisão dêste Tribunal de Justiça, em acórdãos de 12 de junho e 9 de outubro de 1963, acrescentando aquela apostila ser irreajustável o aumento de 30%.

Ora, daí por diante tôdas as vêzes em que era feito um reajustamento nos proventos da aposentado-

ria do impetrante, aquela parcela, em virtude da decisão anterior, era somada invariàvelmente, obedecendo ao que fôra fixado (v. apostilas de fls. 14 e 15).

Como se vê, não se trata de ato de coação, renovado periòdicamente e de execução autônoma. Pelo contrário, houve um ato inicial, gerador de um direito e que, sem interrupções, continuou produzindo seus efeitos.

Se tôdas as vêzes em que se fizesse o reajustamento de proventos da aposentadoria, a fixação do aumento de 30% fôsse apreciada e novamente fixada, poder-se-ia admitir, então, a renovação periódica, autônoma, sucessiva da ilegalidade. Se esta houve, teve sua fonte geradora na data em que se fixou o aumento de 30%, **irreajustáveis**, isto é, na apostila de fls. 13, datada de 9 de março de 1964.

Não houve renovação periódica, sendo o ato um só e não atos sucessivos e autônomos. Daí por diante tudo o mais que foi praticado se fêz em consequência e obediência daquela decisão, razão pela qual com a devida vênia, ousamos divergir da douta maioria, a fim de concluir pela intempestividade do mandado de segurança.

ILEGITIMIDADE **AD CAUSAM**

A ilegitimidade ad causam **pode ser reexaminada na instância** ad quem, **vez que o despacho saneador não faz coisa julgada em relação a ela. Não se conhece da apelação se o terceiro interveniente é parte ilegítima.**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Apelação Cível n.º 4317

Relator: Desor. Marcelo Caetano da Costa

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação Cível número quatro mil trezentos e dezessete ... (4.317), da comarca de Anicuns, em que figura como apelante Edmundo José Siqueira e apelado Aristides Rodrigues Naves.

ACORDA a Quarta Turma da Primeira Câmara, do Tribunal de Justiça, dêste Estado, sem divergência de votos, **preliminarmente,** não conhecer do apêlo, por ilegitimidade de parte. Custas pelo apelante.

E assim se decide porque falta ao apelante qualidade para figurar como parte neste processo. O apelante é parte ilegítima na presente relação processual. Estranho a ela não podia tê-la contestado por ilegitimidade **ad causam,** que pode ser apreciada em qualquer instância, inda mesmo quando tenha passado desapercebida ao despacho saneador.

A figura do **terceiro** aparece dentro do processo sob as formas da **"oposição"**, da assistência autônoma, qualificada ou litisconsorcial, ou dos "embargos de terceiro".

A intervenção a que se refere o art. 93 não socorre ao apelante, porquanto, aquela hipótese exige que o terceiro se apresente como **titular** de uma relação jurídica **idêntica** ou **dependendo** da relação jurídica deduzida em **juízo**, ou seja de uma relação jurídica **contra o adversário do assistido**, e que será **normada** pela sentença. A finalidade da assistencia, em tal caso, é evidente impedir que a sentença **que vai normar** a relação jurídica de que êste participe, lhe estenda os efeitos. Ora, no caso em apreço, a sentença que fôsse proferida contra o réu, jamais produziria qualquer efeito extensivo contra o pretenso terceiro interveniente. Trata-se de uma ação executiva cambial movida contra o avalista, responsável solidário e autônomo na dívida e para quem a **"causa debendi"** nenhum efeito produz. A responsabilidade autônoma do avalista, em aval sucessivo, desvincula-o, por inteiro, da pessoa e da responsabilidade do aceitante.

Não ocorre, então, aquêles dois requisitos, mencionados por **Lopes da Costa,** a saber: a) — relação jurídica entre o interveniente e o adversário do assistido; b) — e que essa relação há de ser normada pela sentença.

Daí se concluir fàcilmente da ilegitimidade absoluta do apelante na relação processual em tela, faltando-lhe por isso capacidade processual para recorrer, razão pela qual seu apêlo não pode ser conhecido.

Goiânia doze (12) de setembro

(9) de um mil novecentos e sessenta e seis (1966). Hamilton de Barros Vellasco, Presidente e Revisor. Marcelo Caetano da Costa, Relator. Antônio Diurivê Ramos Jubé.

RELATÓRIO

Na comarca de Anicuns, neste Estado, Aristides Rodrigues Naves propôs contra o espólio de Sebastião Dias da Cunha, representado pela viúva inventariante Marieta Francisca da Cunha, a presente ação executiva cambial, por uma nota promissória vencida em dezessete (17) de novembro (11) de um mil novecentos e cincoenta e sete (1957), da quantia de Cr$ 169,400 (cento e sessenta e nove mil e quatrocentos cruzeiros), avalizada pelo réu e aceita por Edmundo José de Siqueira, pedindo pagamento do principal, juros de mora do pacto adjeto, multa de 10% (dez por cento) e condenação complementar de custas e despesas processuais. Feita a citação (fls. (7) sete e (v) (verso) com hora certa, o autor pediu a citação da ré, por edital, em virtude de dúvida quanto à legitimidade da citação com hora certa (fls. (12) doze), ao mesmo tempo em que pedia a prorrogação de prazo, para os fins previstos no artigo 166, § 2.º do Código de Processo Civil.

O MM. Juiz a quo (fls. (13) treze) deferiu o pedido, dando por interrompida a prescrição, marcando o prazo para a publicação do edital.

A viúva inventariante compareceu, posteriormente, a juízo, e indicou bens à penhora situados no município de Mossâmedes (fls. (19) dezenove). A penhora se fêz precatória, com os acréscimos reclamados pelo autor (fls. (22) vinte e dois) e (v) verso e (23) vinte e três a (38) trinta e oito).

Como não fôra intimada a ré sôbre a penhora, o MM. Juiz mandou que se fizesse tal intimação ao procurador constituído fls. (39) trinta e nove). Nesse interregno comparece Edmundo José de Siqueira, aceitante da nota promissória em execução e contesta a ação (fls. (40) quarenta e (43) quarenta e três).

Não houve contestação do espólio réu. Proferido o despacho Saneador, transitou, exceto na parte em que indeferiu o pedido de expedição de precatória para inquirição de testemunhas fora da terra, do que houve agravo no auto do processo (fls. (94v.) quarenta e nove verso, (151) cincoenta e um e (52) cincoenta e dois). Realizada a instrução e julgamento, a ação foi julgada procedente e condenada a ré ao pagamento de honorários de advogado, mora e custas (fls. (56) cincoenta e xados em 20% (vinte por cento), multa de 10% (dez por cento), juros de seis). Inconformado, Edmundo José de Siqueira apela da decisão, propugnando, preliminarmente, a anulação do processo, a partir do despacho saneador com o provimento do agravo no auto do processo (fls. (57) cincoenta e sete) e, quanto ao mérito pleiteia a reforma da decisão apelada.

Recebida a apelação apenas no efeito devolutivo (fls. (59) cincoenta e nove) e, com a razão do apelado, subiram os autos a esta Instância **ad quem**, onde se procurou ouvir a douta Procuradoria-Geral de Justiça, que se escusou a dar parecer, sob o fundamento de inexistência justificativa para sua intervenção no processo.

É o relatório, com o qual faço passagem ao meu ilustre e provecto revisor.

Goiânia, vinte e dois (22) de agôsto (8) de um mil novecentos e sessenta e seis (1966).

Marcelo Caetano da Costa, Relator.

INEXISTÊNCIA DE JORNAL — INTIMAÇÃO POR CARTA REGISTRADA — CONVALESCIMENTO

— Desde que a parte, seu representante legal, ou procurador, não sendo revel, esteja fora da jurisdição do juiz, a intimação, se não houver jornal encarregado das publicações oficiais, será feita por carta registrada do escrivão, com aviso de recebimento, ou edital afixado na sede do juízo.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Apelação Cível n.º 4.522 — Anicuns

Relator: Desor. Everardo de Souza

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 4.522 (quatro mil quinhentos e vinte e dois), da comarca de Anicuns, em que é apelante João Martins Costa, sendo apelados José Francisco Filho e outros.

Infere-se dos autos que a investigatória de paternidade, julgada procedente, em primeira instância, foi contestada por João Martins Costa, ora apelante, e que o douto juiz **a quo**, ao ensejo da atividade de saneamento, considerou legítimas as partes **ad processum e ad causam**, ao mesmo tempo que ordenou a citação do órgão do Ministério Público, a fim de integrar a lide, dada a existência de interêsse de incapazes, e designou a data de 18 de junho de 1964 (dezoito de julho de hum mil novecentos e sessenta e quatro), para a realização da audiência de instrução e julgamento, com ciência das partes interessadas. Mas, lamentàvelmente, não foi o apelante intimado do despacho saneador, só o tendo sido para a audiência de instrução e julgamento e, assim mesmo, através da via telegráfica vale dizer, de forma irregular, não conforme o estilo ordinário. Como resultado disso, deixou êle de comparecer àquela audiência, de cuja realização, segundo alega, não teve conhecimento, senão por intermédio de terceiros, ficando, daí, cerceado em seu direito de produzir provas e de debater, oralmente, a causa.

Desde que a parte, seu representante, ou procurador, não sendo revel, esteja fora da jurisdição do juiz, a intimação, se não houver jornal encarregado das publicações oficiais, será feita por carta registrada do escrivão, com aviso de recebimento, ou edital afixado na sede do juízo. Assim dispõe a lei, ou seja, o Código de Processo Civil (art. 168, § 2.º), em têrmos límpidos e indubitativos.

De tal arte, não pode convalescer ou ser considerada válida uma intimação feita de outro modo, como ocorreu no caso dos autos, tanto mais quanto o advogado do apelante tem endereço conhecido e afirma não ter recebido intimação alguma. A intimação por carta não se faz por simples formalidade, não constitui forma de intimação presumida, mas real. E a prova de que foi feita é a juntada dos autos do recibo de entrega da carta. Inexistindo essa prova, não há como

deixar de aceitar a palavra do advogado.

Êsse o ponto-de-vista dominante na jurisprudência dos Tributais (**Apud** Dimas R. de Almeida, "Jurisprudência de Processo Civil", vol. I, pág. 321/322 (trezentos e vinte e hum e trezentos e vinte e dois).

Ao teor do expendido:

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado, pela Segunda Turma Julgadora de sua Segunda Câmara, por votação unânime, nos têrmos do parecer da ilustrada Procuradoria Geral do Estado, neste integrado o relatório de fls. 75 (setenta e cinco), conhecer da apelação, tempestiva e legalmente exercitada, e lhe dar provimento, para, cassando a sentença apelada, anular o processo desde o despacho saneador, exclusive.

Custas pelos apelados.

Goiânia, 25 de fevereiro de 1966.

Paranahyba Pirapitinga Santana
Presidente

Everardo de Souza
Relator

Fausto Xavier de Rezende

Jorge Salomão

Relatório — Como relatório adoto o da sentença de primeira instância, visto às fôlhas 49 (quarenta e nove) e cinquenta (50), competindo-me acrescentar, para completá-lo, que, julgada procedente a ação de investigação de paternidade, que declarou os autores, relacionados na inicial, como filhos naturais de José Francisco de Paula, com a condenação dos réus Jacinta Maria de Jesus e João M. Costa ao pagamento, além das custas em proporção, de honorários advocatícios na base de 15% (quinze por cento) sôbre o valor da causa, não se deram por conformados os vencidos que interpuseram, em tempo hábil, o presente recurso de apelação em que, preliminarmente, porfiam a anulação do feito, à alegativa de inépcia da petição de entrada, de falta de citação do órgão do Ministério Público e de intimação do procurador do apelante João Martins Costa do despacho saneador e para a audiência de instrução e julgamento, que se realizou, sem a sua presença.

Com as contra-razões da parte vencedora, foram os autos remetidos a êste juízo e colegiado, onde, dando parecer, a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça concluiu pelo provimento do recurso para anulação do processo a partir do despacho saneador, inclusive. Tal o relatório, com que passo os autos ao meu ilustre revisor na turma julgadora.

Goiânia, 5 de novembro de 1965 (cinco de novembro de hum mil novecentos e sessenta e cinco).

Everardo de Souza
Relator

LEI MUNICIPAL — INCONSTITUCIONALIDADE — ANISTIA FISCAL

— **A lei municipal não pode contrariar a Lei Maior e nem pode ofender os princípios constantes na norma jurídica e hierárquica superior e nem se exceder da competência reconhecida ao órgão de que emana.**

— **Não importa, na verificação da inconstitucionalidade de uma lei, os motivos que a determinam, ou os aspectos que orientaram a sua elaboração.**

— **O município, titular de um crédito, seja originário de impôsto ou de alcance, tendo capacidade jurídica para renunciar direitos, pode exercer e praticar atos de anistia fiscal.**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Apelação Cível n.º 4.501

Relator: Desor. Manoel Amorim Félix de Sousa

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível **ex officio** e voluntária n.º 4.501, de Natividade, sendo 1.º apelante o Dr. Juiz de Direito e 2.ºs, outros: A. V. S. e outros, amparados no que dispõe o § 38.º do art. 141, da Constituição Federal, e mais o contido nos incisos II, III e IV, do art. 145, do Código Civil, propuseram contra a Câmara e a Prefeitura Municipal de Natividade, ação de nulidade de uma lei, alegando ter a requerida Prefeitura movimentado ação executiva contra Q. P. C., para o recebimento de quantia correspondente a um alcance nas finanças municipais, quando êsse cidadão exercera o cargo de Prefeito Mun'cipal de Natividade. Suspensa a penhora, do despacho surgiu agravo, conhecido pelo Tribunal de Justiça, determinando o prosseguimento da ação.

Na época, contudo, o Prefeito Municipal era um genro de Q. P. C.

Arquitetada foi uma lei, sob a denominação de Lei Liberatória n.º 1/63, liberando a dívida.

A tramitação realizou-se à revelia do Regimento Interno e, nem ainda sancionado, o projeto foi promulgado.

O Presidente da Câmara ajuizou petição, já no exercício do cargo de Prefeito Municipal, pedindo, tendo por base a lei em questão, a homologação da desistência da ação executiva, alcançando deferimento.

Todos êsse atos são lesivos ao Patrimônio Municipal, razão determinante de sua nulidade.

E, mais, o projeto da Lei Liberatória foi encaminhado contra disposições da Lei Orgânica e do Regimento Interno da Câmara Municipal de Natividade.

Os requeridos ajuizaram petição, alegando coisa julgada, tendo em vista a homologação da desistência da ação executiva.

A ação recebeu decisão favorável aos autores, interpondo o ilustre julgador recurso oficial.

Ao mesmo tempo, apelaram os vencidos.

Nesta Instância, ouvida a nobre Procuradoria-Geral de Justiça, manifestou-se pelo conhecimento de ambos os recursos, levantando, no entanto, preliminar de ordem pública, a saber: — versando a ação a inconstitucionalidade da lei municipal, deve o feito ser apreciado pelo Tribunal Pleno, segundo ordenamento constitucional.

Reconhece a certeza da sentença, profligando a existência de coisa julgada e, quanto ao mérito, desprovido o recurso necessário, deve ser declarado prejudicado o voluntário.

A Câmara Isolada, para a qual fôra o feito distribuído, conhecendo da preliminar da Procuradoria-Geral de Justiça declinou de sua competência, encaminhando os autos ao Tribunal Pleno, para decidi-los.

É o relatório.

O prisma da inconstitucionalidade da lei, surgido nos presentes autos, foi focado pela nobre Procuradoria-Geral de Justiça, ao entender que o caso retratado nos recursos além do conteúdo de ilegalidade, conduz em si emanações de inconstitucionalidade.

Analisando-o, declara "ser ilegal e inconstitucional a lei em foco".

O fundamento jurídico da ação reside no § 39, do art. 141, da Constituição Federal, gerado da "ação popular".

A sentença foi proferida em data de 11 de fevereiro de 1965, destarte, quando ainda não vigorava a Lei n.º 4.717, de 29 de junho daquele ano, reguladora dessa espécie de ação, e, por conseguinte, incompatível, à data dos recursos, o disposto em seu artigo dezenove, que manda o juiz, quando concluir pela improcedência ou pela carência da ação, recorrer obrigatòriamente da decisão, fixando que, ultimada a ação pela declaração de sua procedência, caiba da sentença apelação voluntária, com efeito suspensivo.

Ré na ação foi a Prefeitura Municipal de Natividade, donde a motivação para o conhecimento da ação julgada procedente, juntamente com o conhecimento do recurso voluntário.

Ainda mais, em todo o curso da ação vislumbra-se a coloração do caráter de inconstitucionalidade emprestado à lei municipal e, embora a ação popular não vise a êsse fim, tendo por mira a anulação ou declaração de atos lesivos ao patrimônio público, colocada a questão "sub judice" sob total aspecto, é de rigor observar-se o disposto no artigo 200 da Constituição Federal.

Certo que, para a declaração da inconstitucionalidade de uma lei, é de mister que ela transpareça relevante, mas, uma vez argüida, partindo-se do princípio jurídico da validade da lei, não pode deixar de ser objeto de investigação por parte de quem, segundo a Constituição, tem o dever de declará-la.

Procura-se no feito, indagar se é inconstitucional a **LEI LIBERATÓRIA N.º 1/63**, da Prefeitura Municipal de Natividade.

Nas normas das leis brasileiras vigentes, o Município é entidade político-administrativo, com govêrno próprio e autônomo, ligado ao Estado-membro por laços constitucionais indestrutíveis (Constituição Federal, art. 7.º n.º VII, letra "e", combinado com o artigo 28), sendo considerado, na ordem civil, como pessoa de direito público interno, e, como tal, dotado de capacidade plena para exercer direitos e contrair obrigações.

Segundo **LOURENÇO NETO** (Problemas Fundamentais da Organização dos Municípios), o Município "é uma unidade social fundamental que lhe emprestam condições de ser considerado base de formação econômica, moral e fonte de energia agregadora"

A Constituição Federal assegurou aos Municípios autonomia política e administrativa.

A autonomia financeira se determinou pelo artigo 29, conferindo-lhes rendas exclusivas, além da participação em alguns tributos arrecadados pela União e pelo Estado-membro.

Em consideração a essa autonomia **VICENTE CELSO QUAGLIA** proclama: "os municípios elegem livremente suas câmaras e seus prefeitos e realiza o **self-government** de acôrdo com a orientação político e administrativa de seus órgãos de govêrno. Deliberam e executam tudo quanto respeite ao seu peculiar interêsse, sem consulta ou aprovação ao govêrno federal ou estadual. Agem, dentro da esfera própria, com liberdade própria.

Decidem da conveniência ou inconveniência de tôdas as medidas de interêsse local (Fundamentos da Administração Municipal, pág. 46).

Idêntica lição de **LOPES MEIRELLES**: "Em face da Constituição vigente, que concedeu ao município ampla liberdade da organização de seu govêrno, lhe atribuiu larga capacidade tributária e lhe assegurou, impõe-se a sua conceituação como entidade político-administrativa integrante da organização dos Estados da Federação (Direito Municipal Brasileiro, vol. I, pág. 13/14.

Retornemos aos autos.

O juiz da instância monocrática não tratou especìficamente do problema da inconstitucionalidade da LEI LIBERATÓRIA N.º 1/63, contudo, ao tratar do tema das nulidades enodoantes da elaboração do ato administrativo, enquanto projeto de lei, envolveu o assunto da constitucionalidade.

No entanto, analisando-se o teor da sentença recorrida percebe-se que o julgador não deu à inconstitucionalidade a coloração necessária, para evidenciá-la, e, reconhecida na lei, declará-la.

A lei, consagrando normas de conduta há-de ser, antes e acima de tudo, conforme ao Direito.

De um modo geral, as Câmaras Municipais podem legislar ùnicamente a respeito de assuntos locais, de seu peculiar interêsse, a fim de que não invadam a competência federal ou estadual.

A lei municipal não pode, é óbvio, contrariar a Lei Maior, não podendo, outrossim, ofender os princípios constantes de norma jurídica de hierarquia superior e de ordens da competência reconhecida ao órgão de que emana.

Infringindo a Constituição, a Câmara fará leis inconstitucionois; infringindo normas superiores ordinárias, fará leis ilegais.

Em ambos os casos, as leis são inoperantes.

A palavra eterna de RUY: "O princípio é que leis inconstitucionais não são leis. O ato legislativo é o querer expresso da legislatura, ao passo que a Constituição é o querer expresso do povo. A êste cabe a supremacia; se o ato legislativo contradiz, írrito será. Não é lei. Um ato inconstitucional não é lei; não confere direitos; não estabelece deveres; não cria proteção; não institui cargos. É jurìdicamente considerado, como se nunca tivesse existido ("Atos Inconstitucionais, pág. 37).

Uma das atribuições constitucionais outorgadas ao Município é o de deliberar e decidir sôbre o seu patrimônio.

É um peculiar interêsse seu.

No caso em exame, a Lei Liberatória versa a respeito de tema da pura economia patrimonial do muni-

cípio de Natividade e, nela, nada há que venha em contradição às regras constitucionais vigentes e, nem mesmo, em divórcio com a LEI ORGÂNICA DOS MUNICÍPIOS, inspiradora dos princípios imperantes na administração municipal.

Pouco importa, na verificação da inconstitucionalidade de uma lei, os diversos aspectos que orientaram a sua elaboração, até final promulgação.

Pode ter sido elaborada imperfeitamente, segundo a observância de ritos típicos; contudo, êsse defeito, não exclui o fato da emanação da restrita função legislativa da Câmara Municipal de Natividade e em decorrência de competência legal.

Porque, ao dar a Constituição aos municípios direitos amplos de tributar, de exercer autonomia em assuntos de ordem econômico-financeira, atribuiu-lhe, ao par dos direitos de imunidade e de isenção tributária, o poder anistiante, nos limites e condições em que é concedida.

Anistia fiscal é renúncia de direito e tributos vencidos.

É perdão de créditos sejam quais forem as suas origens.

A Lei Liberatória, analisados os seus motivos, nada mais retrata que uma anistia fiscal, da qual a Prefeitura Municipal poderia ser o agente ativo, já que titular do crédito liberado.

É da competência da Câmara Municipal votar leis e resoluções do interêsse do município (art. 102, inciso I, da Constituição Estadual), e a nossa Lei Maior Estadual atribui a regulamentação da organização municipal à LEI ORGÂNICA DOS MUNICÍPIOS (art. 94).

É da competência do Município, di-lo o citado corpo de normas administrativas, prover a tudo quanto respeite ao seu peculiar interêsse e especialmente, conceder, entre outros favores e benefícios, moratória e anistia aos devedores seus (artigo 22, número 27, da Lei Orgânica dos Municípios).

Em face do alegado:

ACORDAM as Egrégias Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado, conhecer, por maioria de votos da apelação **ex officio** e lhe dar provimento, para julgar a ação improcedente. ficando prejudicada a apelação voluntária.

Votou vencido o Exmo. Sr. Desor. Marcelo Caetano da Costa, que entendia serem os recursos da competência da Câmara Isolada.

Custas pelos apelados.

Goiânia, 19 de outubro de 1966.

Paranahyba Pirapitinga Santana, Presidente

Manoel Amorim Félix de Sousa
Relator

Fausto Xavier de Rezende
Jorge Salomão

Marcelo Caetano da Costa, vencido com o voto que se vê transcrito:
transcrito:

Geraldo Bonfim de Freitas

MANUTENÇÃO DE POSSE **INITIO LITIS** — PROVA DOS REQUISITOS — IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO

— Se os litigantes não disputam a posse a título único de proprietários, o pleito possessório, por êsse prisma, exclusivamente, deve ser apreciado e julgado.
— Dá-se a improcedência da ação de manutenção de posse, se o autor não faz prova desenganada de todos os requisitos compendiados no art. 371 do Código de Processo Civil.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Apelação Cível n.º 4.474

Relator: Desor. Everardo de Sousa

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n.º 4.474, da comarca de Niquelândia, em que é apelante A. C. C., sendo apelada a C. N. T.

No Juízo de Direito da comarca de Niquelândia, a C. N. T., dizendo-se legítima possuidora dos imóveis "Sapateiro", "Ouro Fino" e "Dongá", localizados naquele município, movimentou, em desproveito de A. C. C., a presente demanda, por via da qual pretende ser manutenida na posse dos ditos imóveis, sob o pretexto de que a ré, subreptìciamente, os invadiu, nêles praticando derrubadas de madeira de lei, fazendo picadas e levantando cêrcas de arame.

Concedida, pelos despachos de fls. 123/124. a manutenção **initio litis**, requerida pela autora, contestou a ré a ação, alegando se achar na posse mansa e pacífica da faixa de terras em litígio. com fundamento em título hábil de domínio, que lhe foi outorgado pelo Estado de Goiás.

Mal instruída a causa, que seguiu os seus têrmos, foi proferida, ao cabo de contas, a sentença de fls. 146/170, pela qual o seu prolator deslindou a perlenga, pendendo pelo acolhimento do pedido, deduzido na inaugural de fls. 3/9.

Irresignado com êsse desfêcho, apelou a sucumbente, pleiteando a reforma do decisório, para o efeito de a ação ser julgada imprópria, ou improcedente.

Na verdade, e como será mostrado, não foi feliz o magistrado **a quo** ao demonstrar a pendência da maneira que o fêz.

Segundo dispõe o artigo 499 do Código Civil, "o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e restituído no de esbulho".

Na mesma esteira da lei substantiva, estabelece, por sua vez, o Código de Processo Civil que, "se a turbação ou violência datar de menos de ano e dia, o autor poderá requerer mandado de manutenção ou de reintegração **initio litis**..." (art. 371)

Como disse muito bem BENEDICTO BARROS, "os requisitos da propositura da ação de manutenção são os mesmos determinados para a de reintegração de posse: a) — prova de posse; b) — prova da turbação; c) — data da turbação ou violência; d) — prova de que a posse continua com o Autor, embora turbada.

Positivando o ato de violência contra o possuidor do imóvel, impõe-se a sua manutenção na área turbada, sem qualquer indagação sôbre o domínio ("Princípios de Direito Processual Civil", pág. 218).

Assim, sendo o pleito possessório, por êsse prisma, exclusivamente, deve ser apreciado e julgado.

Aliás, ressai dos autos que os litigantes não disputam a posse a título único de proprietários.

Consequentemente, a demanda não merecia desatada, com prioridade como o foi, no juízo monocrático, pelo aspecto dominial.

Certo é que, no processo, não conseguiu a apelada provar, satisfatòriamente, sequer, a posse que alega exercer, desde as eras recuadas de 1880, sôbre o terreno em questão.

De fato, a prova que produziu, ao propósito, é fragílima e inconveniente, eis que embasada, às inteiras, em depoimentos de testemunhas que não puderam ao menos localizar a posse, sôbre o que incide a turbação, de que se queixa a apelada.

A prova documental, também, não favorece a intenção da apelada, dada a impressão dos seus títulos de domínio, nos quais as divisas descritas não estão assinaladas por marcos e tapumes, tanto mais que, à vista dêsses títulos, não se procedeu, como se fazia de mister, a uma vistoria no imóvel, para verificação da situação de fato.

Destarte, mostra-se de todo improcedente a ação de manutenção de posse, cogitada nos autos, à míngua de prova desenganada dos requisitos compendiados no artigo 371 do Código de Processo Civil.

Em razão do expendido:

ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado, por votação unânime dos desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora de sua Segunda Câmara, adindo a êste o relatório de fls. 198, conhecer do recurso e lhe dar provimento, para reformar a sentença apelada e julgar a ação improcedente.

Custas pela apelada.

Goiânia, 4 de março de 1966.

Paranahyba Pirapitinga Santana
Presidente

Everardo de Sousa
Relator

Fausto Xavier de Rezende

Tomou parte no julgamento, o Exmo. Sr. Desor. Jorge Salomão.

Fui presente:
Romeu Pires de Campos Barros

OFICIAL DE JUSTIÇA INTERINO — ESTABILIDADE — CONCURSO

— **"A nomeação interina de Oficial de Justiça do quadro dos funcionários da Justiça não dá direito à estabilidade, ainda que exercido o cargo por mais de cinco anos consecutivos. É provimento vitalício mediante concurso. Impetração conhecida e denegada".**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Mand. de Seg. n.º 313

Relator: Desor. Jorge Salomão

ACÓRDÃO

Vistos, relatados oralmente e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 313, da comarca de Santa Cruz de Goiás, em que é impetrante P. S. e é requerido o Estado de Goiás.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado, por votação uniforme dos desembargadores integrantes de suas Câmaras Reunidas, na conformidade com o parecer emitido pelo ilustre Delegado da Procuradoria-Geral de Justiça, conhecer da segurança e denegá-la. Custas, pelo requerente, ex vi legis.

P. S., via da ação de mandado de segurança intentada perante êste Egrégio Tribunal, pretende sua reintegração no cargo de oficial de justiça da comarca de Santa Cruz de Goiás, que vinha ocupando, interinamente, há mais de dezessete anos, do qual foi demitido, sumàriamente, por ato do Exmo. Sr. Governador do Estado de Goiás, publicado no Diário Oficial, de 30 de março de 1966; que, sendo líquido e certo o seu direito à reintegração no mencionado cargo, espera o deferimento da impetração.

A autoridade administrativa, averbada de coatora prestou as informações, no prazo regular, repelindo a pretensão do requerente.

Em seu parecer, o Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral de Justiça, por seu ilustre Delegado, opinou pelo conhecimento e indeferimento do pedido.

Isto pôsto: como se sabe, o cargo de Oficial de Justiça é de provimento vitalício. Constitui serventia de justiça, prevista na lei de organização judiciária.

É verdade que o requerente vinha exercendo as funções do cargo há mais de dezessete (17) anos, ininterruptamente.

Mas, mesmo assim, não adquiriu êle a vitalicidade, o que só poderia ter sido feito mediante sua aprovação em concurso.

Portanto, se a vitalicidade sòmente se adquire por meio de concurso de títulos e provas, consoante exige o Código Judiciário do Estado, o exercício do cargo em caráter precário, ainda que por longo tempo, não con-

fere direito algum à estabilidade no mesmo.

Esta Casa já teve ensejo de proclamar que o decurso do tempo nenhuma influência tem como fonte geradora de direitos, para fins de estabilidade em cargo de provimento vitalício.

A lei de organização judiciária do Estado de Goiás inclui o cargo de Oficial de Justiça no rol dos Serventuários de Justiça.

Portanto, em se tratando de ofício de justiça, jamais poderá ser provido por outra forma que não seja por meio de concurso (art. 186, da Constituição Federal e art. 62, da Constituição Estadual).

De notar, pois, que o requerente não tem direito líquido e certo amparável por meio do **writ-of-mandamus.**

Daí porque a situação jurídica do requerente era de instabilidade no cargo, vale dizer, no ofício de justiça, do qual podia ser demitido **ad nutum**, isto é, independentemente de formalidades processuais, de acôrdo com a conveniência e as necessidades do serviço.

A autoridade administrativa, no caso o Exmo. Sr. Governador do Estado de Goiás, averbada de coatora, exerceu, **in specie juris**, o poder de natureza discricionária da pública administração. Agiu discricionàriamente, funcionando como único juiz da conveniência e da oportunidade da prática do ato. Podia fazê-lo porque tinha liberdade de tomar tal decisão em exonerando o requerente, ocupante interino de cargo de provimento mediante concurso.

O requerente não adquiriu direito de ser mantido ou reintegrado no cargo que ocupava, em caráter precário.

Ora, a ação mandamental visa à proteção do direito cuja certeza e liquidez sejam manifestas e que resistam a uma contestação não infundada.

A pretensão do requerente não é amparável via da ação de segurança.

Goiânia, 30 de novembro de 1966.

Paranahyba Pirapitinga Santana
Presidente

Jorge Salomão
Relator

Marcelo Caetano da Costa

Hamilton de Barros Vellasco

Geraldo Bonfim de Freitas

Everardo de Souza

Fausto Xavier de Resende
Fui presente:

Arinam de Loyola Fleury
Procurador-Geral de Justiça

OFÍCIO DE JUSTIÇA — VITALICIEDADE — HABILITAÇÃO EM CONCURSO — CAPACIDADE POSTULATÓRIA

— **"Preliminar de nulidade rejeitada, desde que não prescrita em lei. A violação de forma vinculada traz como consequência a nulidade insanável do ato. E isto ocorre quando violada determinada forma que tenha sido prescrita com a cominação de nulidade.** De meritis: **não havendo direito líquido e certo, amparável por meio do** writ of mandamus, **denega-se a impetração. Interpretação jurisprudencial ao texto do art. 266 do Código Judiciário do Estado"**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Mand. Seg. n.º 283

Relator: Desor. Jorge Salomão

ACÓRDÃO

Vistos, relatados oralmente e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 283, do têrmo judiciário de Montes Claros de Goiás, comarca de Iporá, sendo requerente A. C. O. e requerido o Estado de Goiás.

Acordam os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado, desprezando a preliminar argüida, conhecer do mandado e o indeferir.

Custas, pelo requerente, **ex-lege**.

O requerente A. C. O., em petição subscrita pelo saudoso advogado Dr. Zecchi Abrahão, com fulcro no art. 141 § 24, da Carta Magna, e 319 e seguintes, do C. P. Civil, combinados com a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, impetrou mandado de segurança contra o Estado de Goiás, para que fôsse provido, vitalíciamente, no ofício de primeiro tabelião do público, judicial e notas do têrmo de Montes Claros de Goiás, comarca de Iporá, alegando que vem ocupando interinamente, êsse cargo, por fôrça de decreto de 17 de setembro de 1964, baixado pelo Sr. Governador do Estado; que, aberto o concurso para o preenchimento vitalício do cargo, foram aprovados o requerente, sagrando-se vencedor, com o grau um inteiro e cinco décimos (1.5), e N. L. O., que foi classificado, em segundo lugar, no concurso, com a nota um inteiro e oito centésimos (1,08); que êste último, o requerente e L. C. C. habilitaram-se, anteriormente, ao provimento do cargo de primeiro tabelião do público judicial e notas do têrmo de Mambaí, comarca de Posse, em cujo concurso foram aprovados, classificando-se N. L. O. em último lugar; que, no entanto, para o preenchimento do cargo em Montes Claros de Goiás, foi nomeado, em caráter vitalício, N. L O., por decreto de 5 de fevereiro de 1965; que o art. 266 e seu § único, do C. Judiciário do Estado, socorrem o requerente, por isso que o requerente tem preferência na nomeação em igualdade de condições, e por sua condição de candidato habilitado; que além do mais, vêm ao amparo do re-

querente as normas dos preceitos citados em harmonia com os arts. 248 e §, 249 e 239, do C. Judiciário do Estado, e os costumes, as praxes constitucionais e os princípios de eqüidade; que, no concurso realizado perante o Egrégio Tribunal de Justiça, a lei de organização judiciária não exige a organização de lista tríplice dos candidatos aprovados, para a escolha a ser feita pelo Poder nomeante, não tendo aplicação ao caso o artigo 248, do C. Judiciário; que o ato impugnado não pode prevalecer, porque violou situação jurídica definida do requerente impondo-se, afinal, a concessão do mandado.

O **petitum** está instruído com os docs. de fls. 7 **usque** 11.

Em suas informações, o Exmo. Sr. Governador do Estado levanta a preliminar de nulidade do processo **ab initio**, sob o argumento de que o dr. Zecchi Abrahão não podia subscrever a petição inicial do **mandamus**, em face do disposto no art. 85, n.º VI, da Lei Federal n.º 4.215, de 27/4/1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), uma vez que o Dr. Zecchi Abrahão aposentou-se, no Estado, no cargo de Consultor Jurídico, em 14/05/1964, há menos de dois anos da data em que subscreveu o líbelo inicial, contrariando de frente, o preceito do art. 86 do citado Estatuto, de sorte que o processo é manifestamente nulo, impondo-se a absolvição de instância. No mérito, fêz ver a inexistência de direito líquido e certo em prol do requerente, por isso que o poder executivo é o único juízo da conveniência do provimento ou não do cargo público, por se tratar de ato discriminatório, segundo a jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal Federal, calcada em norma constitucional.

As informações vieram instruídas com o doc. de fls. 21.

Em seu parecer, a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, por seu culto Delegado, reiterou a preliminar argüida pela autoridade averbada de coatora, por entender que o saudoso dr. Zecchi Abrahão estava, realmente, impedido de postular em juízo, em face do preceito dos arts. 85 e 86 dos Estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil. No mérito, foi de parecer que se conhecesse do pedido e o indeferisse, visto como o poder nomeante tem o direito de escolha em lista tríplice, sendo inadmissível a organização de lista uninominal, quando há mais de um candidato habilitado e aprovado em concurso.

Isto pôsto: **preliminarmente**, deve ser conhecida a impetração, postulada no prazo regular.

Desde que o nôvo patrono do impetrante trouxe para os autos a outorga do mandato de fls. 30, ratificando todos os atos praticados pelo saudoso Dr. Zecchi Abrahão, há de se considerar sanada a nulidade processual apontada não só pelo Exmo. Sr. Governador do Estado, como também pelo ilustrado Delegado da Procuradoria-Geral de Justiça.

Realmente, ficou demonstrado, à evidência, que o Dr. Zecchi Abrahão, ao tempo em que firmou o petitório inicial, já se achava aposentado no cargo de Consultor Jurídico do Estado. A sua aposentadoria não havia contado ainda dois anos da data da entrada da petição inicial em juízo.

É sabido que o art. 86, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, fixa a incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia, aos magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos, etc., definitivamente aposentados ou em disponibilidade, salvo se decorridos dois anos do ato que os afastou da função.

Todavia, não se pode olvidar que não se trata, no caso, de nulidade absoluta, eis que a lei não prescreve a cominação de nulidade.

Como adverte José Frederico Marques, "no art. 274, cuida o C. P. Civil da nulidade absoluta. A violação de forma vinculada traz como conseqüência a nulidade insanável do ato. E isto ocorre quando violada determinada forma que "tenha sido prescrita com a cominação de nulidade". (**in** Instituição de Direito Processual Civil — vol. II — pg. 405 — 2.ª ed.)

Portanto, não pode prosperar a preliminar argüida.

No mérito: não há direito líquido e certo, amparável por meio do **remedium juris**, no caso em exame.

O texto do art. 266, do Código Judiciário do Estado, invocado na impetração, não vem em prol do impetrante. Êste exercia, interinamente, o cargo de ofício de primeiro tabelião do público, judicial e notas do têrmo de Montes Claros de Goiás.

Aberto o concurso para seu preenchimento, a êle concorreram o impetrante e N. L. O., que foram classificados, em 1.º e 2.º lugares respectivamente. Encaminhada a lista dos dois nomes ao Exmo. Sr. Governador do Estado, a nomeação, em caráter vitalício, recaiu na pessoa do último.

Ora, o impetrante, que não era escrevente juramentado ou suboficial daquele cartório, não tinha, realmente, direito à preferência para ser nomeado, uma vez que exercia o ofício, interinamente, demissível **ad nutum**.

Portanto, para que o ato de autoridade seja, em princípio, suscetível de impugnação pelo mandado de segurança, é preciso que contenha ilegalidade ou abuso de poder.

Ilegalidade é contraposição à lei, em sentido amplo.

É o atentado de **ius scriptum**.

Reza o art. 266, **caput**, do C. Judiciário do Estado, **in verbis**: "Os Ofícios de Justiça, quando vagos ou criados, serão preenchidos pelos escreventes juramentados e suboficiais, tendo preferência, em igualdade de condições, os do respectivo cartório, desde que habilitados em concurso".

Vê-se, fàcilmente que o direito de preferência não compreende o ocupante interino do ofício, vale dizer, do cartório.

Do texto citado, conclui-se, indubidosamente, que o direito de preferência, em igualdade de condições, cabe aos escreventes e suboficiais do respectivo cartório, para sua nomeação vitalícia no cargo de primeiro tabelião, isto é, de tabelião do público judicial e notas, quando habilitados em concurso para os cargos que vêm ocupando.

Então, se o cidadão é habilitado em concurso para o cargo de escrevente juramentado ou de suboficial de determinado cartório, o direito de preferência em igualdade de condições, para o preenchimento, vitaliciamente, do ofício, lhe é assegurado pelo disposto no citado art. 266, do C. Judiciário do Estado.

Não pode prevalecer o raciocínio contido no parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, no tocante à imposição da lista uninominal, quando haja mais de um candidato habilitado e aprovado em concurso, porque, no seu entender, a lista há de ser tríplice sempre que haja três candidatos aprovados, ou deverá conter dois nomes, quando dois são aprovados em concurso, só podendo ser organizada lista uninominal, quando sòmente um candidato tenha sido aprovado, não subsistindo o preceito que venha estabelecer o direito de preferência, por contrariar princípio constitucional, segundo o qual o poder nomeante tem o livre arbítrio de escolher o que melhor convier aos interêsses da pública administração.

Ora, a lei estabeleceu o direito de preferência em sentido restrito, em caso especial. Fora daí, segue a regra segundo a qual a lista deve conter os nomes dos candidatos aprovados, até três, no máximo, para que haja o direito de escolha, prerrogativa conferida à autoridade nomeante, que, no caso pode praticar o ato discricionàriamente, uma vez que a lei não o obriga a nomear o ocupante interino do cargo de escrivão, embora habilitado em concurso juntamente com outro candidato.

Portanto, o ato impugnado é de natureza daqueles que escapam à reparação por meio do **writ of mandamus**.

Por tais motivos é que se indefere a impetração.

Goiânia, 20 de abril de 1966.

Paranahyba Pirapitinga Santana — Presidente

Jorge Salomão — Relator

Marcelo Caetano da Costa

Hamilton de Barros Vellasco

Ant[illegible]io Diurivê Ramos Jubé

Gera[illegible]do Bonfim de Freitas

Everardo de Souza

Fausto Xavier de Rezende

Fui presente:

Romeu Pires de Campos Barros

Procurador Geral de Justiça

PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO — RESPONSABILIDADE DIRENTO REGRESSIVO

— **As pessoas jurídicas de direito público é que respondem pelas consequências dos atos lesivos, danosos, que forem praticados pelos seus funcionários, quando no exercício do cargo. A matéria é de direito público. Aplica-se o artigo 194 da Constituição Federal e não o Código Civil.**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Apelação Cível n.º 3.576

Relator: Desor. Marcelo Caetano da Costa

ACÓRDÃO

Vistos, relatados, discutidos e analisados os presentes autos de apelação cível número 3.576, da comarca de Goiânia, figurando como apelante O. S. e apelados S. B. O. e outros.

ACORDA a Quarta Turma da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça, dêste Estado, por votação unânime, conhecer do recurso tempestivo e cabível, porém, negar-lhe provimento para confirmar a decisão recorrida, que, no entanto, é retificada, a fim de julgar o autor carecedor da ação, ficando, por isso mesmo, prejudicado o agravo no auto do processo, vez que a decisão definitiva foi favorável à agravante.

Custas, pelo apelante.

E assim foi decidido porquanto os escrivães e escreventes são funcionários públicos, pertencentes ao quadro da Justiça. Obedecem a um estatuto próprio, que é o Código Judiciário.

Destarte os atos que praticam no exercício de sua função, constituem atos de representação das pessoas jurídicas de direito público, pois estas são representadas na sua vida de relação para com os cidadãos, por pessoas físicas denominadas funcionários públicos.

Sendo assim, as pessoas jurídicas de direito público serão as que hão de responder pelas consequências dos atos lesivos, danosos, que forem praticados pelos seus representantes, quando no exercício dessa representação. A matéria é de direito público e por êste regida, não se aplicando o direito privado (Código Civil), pois está expresso no artigo 194 e seu parágrafo único, da Constituição Federal.

Por êste dispositivo constitucional se vê que o sujeito passivo da ação da indenização por ato ilícito de funcionário público, no exercício da função, é o Estado e o sujeito ativo será aquele a quem o ato causou dano, quer lesando-lhe o patrimônio, quer produzindo-lhe ofensa aos direitos.

Nestas condições, há de se concluir que entre o lesado e o funcionário público não há qualquer vínculo, nenhuma relação de direito, originada pelo ato lícito.

O direito objetivo, como se sabe, tutela certas e determinadas categorias de interêsse, regulando os respectivos interêsses. É a êsses conflitos de inte-

rêsses, regulados pela lei que se dá o nome de **relação jurídica**. Nesta surgem duas pessoas, titulares dos interêsses conflitantes — o sujeito ativo, ou do interêsse protegido, que será também o do direito subjetivo, e o sujeito passivo ou do interêsse subordinado, ou da obrigação.

Se não há relação jurídica, não há que falar em ação. Ora, pelo texto constitucional, verifica-se que — relação jurídica — na hipótese do ato ilícito de funcionário público — existe entre o lesado e o Estado, e dêste contra o funcionário, através do direito regressivo, consoante disposição do parágrafo único do artigo 194 citado.

Ao autor falta, então, em relação aos réus, a titularidade necessária, cuja ausência importa em ilegitimidade **ad causam**, isto é, falta das condições da ação, que caracteriza a carência da ação. Sendo, na hipótese, o autor apelante tipicamente carecedor da ação, pois a possibilidade jurídica do pedido, isto é, uma pretensão, que em abstrato, seja tutelada pelo direito objetivo, a sua postulação é incomportável.

É evidente e inegável que o direito objetivo não confere ao autor-apelante a faculdade de exigir dos réus apelados qualquer indenização por ato ilícito, porquanto essa obrigação é do Estado. Êste sim é que pode, pelo direito regressivo, exigir que o funcionário restitua o que pagou, desde que apurada a existência de culpa.

É claro que a relação jurídica pressupõe de um lado um sujeito que tem direito à prestação obrigacional e de outro, vinculado, um sujeito passivo que é obrigado àquela prestação. Se não há tal filiação, não se pode falar em relação jurídica, entre autor e réu, e, sem relação jurídica, não há que cogitar, de ação.

É o que ocorre. O autor pede ao escrivão indenização por pretendido ato ilícito praticado pelo seu escrevente. Êste é tão funcionário público, quanto o próprio escrivão.

A obrigação de indenizar, conforme o citado artigo 194, é do Estado e não do funcionário. Assim, a ação foi proposta contra quem não tem nenhuma vinculação obrigacional para com o autor, que por isso é carente de ação.

Quanto ao agravo no auto do processo, interposto pela ré está prejudicado, em virtude da decisão definitiva lhe ter sido favorável. Outrossim, embora deva ser confirmada referida decisão, merece, no entanto, ser retificada em sua parte conclusiva, quando julga a ação improcedente, porquanto, na verdade, ocorre ser o autor carecedor de ação.

Goiânia, 23 de maio de 1966.

Paranayba Pirapitinga Santana
Presidente, com voto.

Marcelo Caetano da Costa
Relator

Manoel Amorim Félix de Souza
Revisor

Fui presente:

Romeu Pires de Campos Barros
Procurador-Geral de Justiça.

PROFESSOR PRIMÁRIO — PREFERÊNCIA NA NOMEAÇÃO — PRETERIÇÃO DAS NORMALISTAS

— Lei n.º 2925/59. É antes no interêsse da Administração que do candidato, que a cláusula se acha estabelecida. Tendo o Govêrno optado pelo caminho ilegal, preterindo as normalistas, estas adquiriram direito à nomeação compulsória, já que as vagas eram bastantes para atender à pretensão delas. Onde alguns têm preferência, não pode haver arbítrio na escolha.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Mandado de Segurança n.º 348

Relator: Desor. Clenon de Barros Loiola

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança número trezentos e quarenta e oito (348), da Comarca de Catalão, em que são Requerentes Wilma Terezinha Gomes Barbosa e outras e Requerido o Estado de Goiás:

Acorda o Tribunal de Justiça, sem divergência de votos, conhecer do pedido e, por maioria, conceder a segurança requerida.

Votaram vencidos os Exmos. Senhores Desembargadores Renato Coêlho, Emílio Fleury de Brito, Paranayba Pirapitinga Santana e Romeu Pires de Campos Barros. Custas "ex-lege".

Wilma Terezinha Gomes Barbosa, Maria Lúcia Rezende, Lucy Evangelista Sampaio, Maria Consolação Cerqueira Neto e Maria Circe Pires, residentes e domiciliados em Catalão, impetram segurança, contra atos do Senhor Governador do Estado, para lhes ser garantida a preferência a que se refere o art. 3.º da Lei estadual n.º 2.925 de treze (13) de novembro (11) de um mil novecentos e cincoenta e nove (1959) do seguinte teor:

"Art. 3.º — Os professôres normalistas terão preferência para ocupar as cadeiras vagas no magistério primário, ou ocupadas por professôres sem estabilidade.

"Parágrafo único — A nomeação a que se refere êste artigo far-se-á por indicação do Secretário de Estado da Educação e Cultura, ou mediante despacho do Governador do Estado, em requerimento do interessado".

Dizem as impetrantes que, sendo normalistas, com diplomas registrados na Secretaria de Educação e Cultura do Estado de Goiás, e satisfazendo as exigências daquele diploma legal, requereram sua nomeação para cargos vagos de professôres primários da cidade de Catalão, juntamente com outras colegas, mas não foram atendidas, embora tenha havido nomeações em massa, sendo contempladas as seguintes leigas: Dalva Rosa Badico e Lúcia Helena de Paula, para o Grupo Escolar "Rosentina Santana e Silva"; Maria Lúcia Ribeiro e Maria Emídio Evangelista, para o Grupo Escolar "Pio Gomes"; Benedita Cândida de Faria para o Grupo Escolar "R. Moreira"; Aparecida de Goiá Silva, Maria de Fátima Felipe,

Carmélia Pereira Borges e Deusalina Rosa Mesquita e Maria L. Pereira, para o Grupo Escolar "Wilson B. Lima", todos de Catalão.

Não obstante notificados os Senhores Governador do Estado e Secretário de Estado da Educação e Cultura, tardaram as informações solicitadas, e só após o prazo legal foram juntas, por linha, aos autos.

Informa o Chefe do Executivo que as professoras nominalmente citadas na petição das impetrantes foram nomeadas para cargo de Professor de Escola Isolada, cujo provimento independe da exigência do curso Normal, segundo as leis 5.000, de quatorze (14) de novembro (11) de um mil novecentos e sessenta e três .. (1963), e 5.842, de oito (8) de julho (7) de um mil novecentos e sessenta e cinco (1965).

Nada menos de três (3) diplomas legais tratam inteiramente da materia objeto da Lei 2.925/59 que, assim, está tàcitamente revogada. Ademais, a nova Constituição Federal não mais permite nomeação em caráter interino.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, chamada a opinar, manifesta-se pelo conhecimento e indeferimento da segurança, embora entenda que se feriu o direito de preferência das Impetrantes, pois não houve revogação tácita da lei em que se baseia a pretensão dessas normalistas; todavia, em face do direito nôvo, que não admite nomeação em caráter interino, houve perecimento do direito das Impetrantes já que o Writ só foi requerido dia dezenove (19) de maio (5) de um mil novecentos e sessenta e sete (1967), quatro (4) dias após a entrada em vigor da nova Constituição do Estado. Pelos documentos de fls. quarenta e dois (42), quarenta e três (43), quarenta e quatro (44), quarenta e cinco (45) e quarenta e seis (46) se verifica que em oito (8) de março (3) de um mil novecentos e sessenta e sete (1967), antes das nomeações impugnadas, a Delegada Regional do Ensino Primário em Catalão, encaminhou à secretaria de Educação os requerimentos onde postulavam as impetrantes nomeação para cargos de **Professor Primário**. Nesses requerimentos, Wilma Terezinha Gomes Barbosa (fls. 42) (quarenta e dois) e Lucy Evangelista Sampaio, (fls. 43) (quarenta e três) fizeram referência expressa à lei 2.925, de treze — novembro — cincoenta e nove (13-11-59).

Segundo dispõe o parágrafo único do art. 3.º da lei estadual n.º 2.925, de treze (13) de novembro (11) de um mil novecentos e cincoenta e nove (1959), far-se-á a nomeação das normalistas: a) por indicação do Secretário de Estado da Educação e Cultura; b) mediante despacho do Governador do Estado, em requerimento do interessado.

Mas, é de se perguntar: Qual o prazo que têm as interessadas para alegar sua preferência? A lei silencia. É natural, porém, que o Govêrno se oriente pelas normas costumeiras de tôda Administração: o chamamento, através de edital, de todos os interessados, para manifestarem sua pretensão, em prazo certo. Nada disso se fêz, talvez porque o Govêrno entendesse revogada a lei 2.925/59.

A expressão "Professor Primário", usada pelas impetrantes em seus requerimentos, tanto pode significar "Professor de Ensino Primário" como "Professor de Escola Isolada".

O cargo do Professor de Ensino Primário só pode ser provido por pessoa portadora de diploma de normalista, enquando o de Professor de Escola Isolada (cujo quantitativo é bem superior) pode ser ocupado por leigos, segundo testifica a informação do Senhor Governador.

Todavia, a preferência criada pela lei 2925 concerne às vagas no "magistério primário", e a preferência só pode mesmo existir em relação aos cargos para cujo acesso não se faz imprescindível o diploma de normalista.

O fato de haverem as Impetrantes mencionado o cargo de "Professor Primário" não as pode prejudicar, por vários motivos:

1) "Professor Primário designa o professor do magistério primário e não nomenclatura oficial de um cargo;

2) As impetrantes Wilma Terezinha Gomes Barbosa e Lucy Evangelista Sampaio invocaram a lei 2925/59, que atualmente só diz respeito ao cargo de "Professor de Escola Isolada", único que pode ser ocupado por leigo:

3) Essas Impetrantes e ainda Maria Lúcia Rezende concorreram à nomeação para qualquer grupo escolar de Catalão;

4) Ainda que nenhum requerimento tivesse sido feito, lícito era às Impetrantes reclamar, uma vez que o Govêrno não fixou prazo para o direito de preferência, e as nomeações se fizeram à revelia das interessadas normalistas;

5) A normalista Celina Abadia da Rocha, indicada pela Delegada Regional do Ensino Primário, foi nomeada no mesmo decreto em que foram contempladas várias leigas para o cargo de professor de Escola Isolada (D. O. de fls. (22) vinte e dois), do Grupo Escolar "Wilson Barbosa Lima".

Como bem acentua o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, as Leis estaduais 4.240/61, 5.000/63 e 5.842/65 não revogaram implìcitamente a Lei 2.925/59. Para isso, necessário era houvesse antinomia entre o mais antigo diploma e qualquer dos que lhe seguiram, o que não há.

Por outro lado, a Lei 2.925/59 contém disposição que bem pode existir ao lado das que integram as leis que se lhe antecederem. Vem a pêlo à regra do parágrafo 2.º do art. 2.º da lei de Introdução do Código Civil: "A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

Vigorante a norma em que se escuda o pedido das requerentes, qual a sanção que decorreria da ofensa a seu comando?

Criou a lei 2.925/59, em seu art. 3.º, um direito de preferência à nomeação, ou seja uma primazia na disputa com pessoas que não tenham o diploma de normalista.

Vagas haviam, e muitas, no magistério primário de Catalão, e o Govêrno resolvera preenchê-las interinamente, nos têrmos, alás, do parágrafo 2.º do art. 7.º do Ato Complementar n.º 28, de treze (13) de dezembro (12) de um mil novecentos e sessenta e seis (1966).

Êsse provimento a título precário ficava ao arbítrio do Executivo fazê-lo ou não. Ninguém tinha direito ao cargo, evidentemente. Mas, embora o Govêrno não estivesse obrigado a nomear ninguém, tendo deliberado baixar nomeações, uma limitação se impunha à faculdade de escolha: as normalistas tinham preferência — o que já é um direito em relação àquelas pessoas não habilitadas e à própria Administração.

Dois caminhos legais se abriam ao Executivo: um, nomear só normalistas, contemplando ou não as Impetrantes; outro, nomear as normalistas que manifestaram sua preferência, e, após elas, para as vagas excedentes, os leigos.

No entretanto, seguiu-se o caminho extra-legal, o menos indicado pelo interêsse público: Desprezou-se a pretensão das normalistas — para cuja formação o Estado tanto gasta, mantendo ou subvencionando escolas, e nomearam-se leigas.

Transgrediu-se o art. 3.º da Lei n.º 2.925, de treze de novembro de cinquenta e nove (13-11-1959), e olvidou-se no tocante àquelas professôras que vinham lecionando, por designação da autoridade do ensino, aquêle princípio consagrado no art. 163 da Constituição Estadual de um mil novecentos e quarenta e sete

(1947): "O cargo vago de magistério primário, em caráter interino, será obrigatòriamente preenchido pelo substituto que mais tempo haja lecionado".

Ora, atos ilegais não podem subsistir. A preferência dá uma expectativa de direito à nomeação.

Se o provimento, porém, se faz ilegalmente, com preterição do preferente, a reparação se faz com a nomeação compulsória, pois, do contrário, de nada adiantaria a preferência.

O caso se assemelha ao de candidato concursado que pretende nomeação para determinado cargo.

Do concurso — tem-se dito — não resulta direito líquido e certo à nomeação; resulta, sim, uma esperança de direito (apes iuris). Desde o ato de provimento ilegal, porém, surge o direito de nomeação do concursado.

Essa, a tese aceita por êste egrégio Tribunal no Mandado de Segurança n.º trezentos e cinquenta e dois (352), de Ceres, em acórdão de dezoito de outubro de sessenta e sete (18.10.67).

Tendo o Govêrno optado pelo caminho ilegal, preterindo as normalistas, estas adquiriram direito à nomeação compulsória já que as vagas eram bastantes para atender à pretensão delas. Onde alguns têm preferência, não pode haver arbítrio na escolha.

Seja lembrada a seguinte lição do jurista CARLOS MEDEIROS SILVA: "Quando a lei ou regulamento estabelece que o interino, o funcionário de outro quadro, ou o que possua tal ou qual título, tem preferência para a nomeação, é antes no interêsse da administração que do candidato que a cláusula se acha estabelecida". ("Parecer", **in** "Rev. de Dir. Adm." vol. (IV) quatro, pág. (389) trezentos e oitenta e nove.

Dir-se-ia que, em se tratando de provimento a título precário — pois o interino é demissível **ad nutum** — logo depois de cumprida a decisão judiciária, poderá o Executivo exonerar as Impetrantes. A sanção contra a ilegalidade terá funcionado, e isso é que importa ao Poder Judiciário.

O grande argumento de que se lançou mão para barrar a pretensão das Requerentes é o de que tanto a Constituição Federal como a Estadual de um mil novecentos e sessenta e sete proíbem a nomeação em caráter interino.

Sucede que o Ato Complementar n.º 28, de treze de dezembro de um mil novecentos e sessenta e seis (13-12-1966), contém o seguinte:

Art. 7.º — Na Administração estadual ou municipal e nas Autarquias da mesma categoria a primeira investidura em cargo de carreira ou isolado de concurso público, ou de curso de seleção profissional, observada a ordem de classificação".

Ficam excluídos de norma de provimento estabelecida neste artigo os cargos de confiança ou em comissão, bem como as nomeações interinas, limitadas a um ano de duração". A Constituição Federal, promulgada aos vinte e quatro (24 de janeiro (1) de um mil novecentos e sessenta e sete (1967), nas Disposições Gerais Transitórias", em seu art. 173, inciso III, aprovou os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares referidos no item I (Atos praticados pelo Comando Supremo da Resolução de trinta e um (31) de março (3) de um mil novecentos e sessenta e quatro (1964).

Portanto, as nomeações interinas, realizadas pelo atual Govêrno Estadual, estão de pé até que se complete o prazo de um ano.

As nomeações foram feitas no dia quatorze (14) de março (3) de um mil novecentos e sessenta e sete (1967), no caso dos autos, e até o dia quatorze (14) de março (3) de um mil novecentos e sessenta e oito (1968), justifica-se a manutenção da interinidade.

A reparação deve retroagir à data dos atos impugnados — quatorze (14) de março (3) de um mil novecentos e sessenta e sete (1967) — e, por isso mesmo, não tem importância o fato de o **writ** ter sido ajuizado em dezenove (19) de maio (5) do mesmo ano, após a entrada em vigor da Constituição Estadual que também proibiu as nomeações em caráter interino.

Líquido e certo o direito das Impetrantes, que poderiam reclamar ainda que não tivessem feito requerimento, uma vez que o art. 3.º da referida lei 2.925 lhes garante a preferência mesmo quando já ocupadas as cadeiras de professor.

Já não pode mais o Executivo voltar à posição anterior, em que lhe era dado prover ou não os cargos e escolher: Cumpre-lhe restabelecer a ordem jurídica violada, o que fará substituindo, por decreto, as leigas pelas Impetrantes.

Decidir de outra maneira levaria a uma situação de amoralidade administrativa, a pretexto de obedecer à Constituição: continuariam em exercício funcionários nomeados ilegalmente, enquanto as preferentes nenhuma reparação alcançariam.

Os ilustres Desembargadores que divergiram da Maioria entenderam, uns, que falta às Impetrantes direito líquido e certo, porque as nomeações se destinaram a cargo de Professor de Escola Isalada; outros, porque a Constituição proíbe nomeações de interinos; e ainda porque não foi apresentada prova suficiente.

Goiânia, sete (7) de fevereiro (2) de um mil novecentos e sessenta e oito (1968).

Manoel Amorim Félix de Sousa, Presidente, com voto. Clenon de Barros Loiola, Relator. Geraldo Bonfim de Freitas. Paranahyba Pirapitinga Santana, Vencido. Fausto Xavier de Rezende. Jorge Salomão. Marcelo Caetano da Costa. Romeu Pires de Campos Barros, Vencido. Em tempo: Os Exmos. Srs. Desembargadores Renato Coelho. Emílio Fleury de Brito e Antônio Diurivê R. Jubé tomaram parte no julgamento, votando vencidos os dois primeiros, conforme consta do acórdão. Data supra. Clenon de Barros Loiola.

VENDA A NON DOMINO — JUSTO TÍTULO — VERUS DOMINUS — RESCISÃO CONTRATUAL

— A venda a non domino produzindo efeitos entre o vendedor e o comprador, em certas circunstâncias constituindo justo título, um dos elementos do usucapião, como não surtindo nenhuma consequência a respeito do verus dominus, não é nula ou anulável e o fundamento de sua rescisão suporta-se tão-sòmente no inadimplemento de uma obrigação.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Apelação Cível n.º 4.665

Relator: Desor. Renato Coelho

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 4.665, em que é apelante Pedro Neto Paranhos e apelada Alice Cândida Martins.

Acordam os Desembargadores componentes da 4.ª Turma da 2.ª Câmara, à unanimidade de votos, conhecer do apêlo e lhe negar provimento, para confirmar a decisão recorrida, por seus próprios fundamentos.

Custas, pelo apelante.

O Dr. Juiz **a quo** ao deslindar a relação processual, fundamentalmente, bem se colocou frente à questão tocante a compra e venda de coisa alheia.

O nosso Código Civil não contém dispositivo algum declarando nula ou anulável esta modalidade contratual, como fazem outros Códigos.

Os tratadistas indígenas dividem-se: uns, considerando o ato concensual, radicalmente inválido, outros, emprestando-lhe tão-sòmente o colorido de anulabilidade.

Carvalho Mendonça, nos tempos das Ordenações, declarava: "É de absoluta necessidade que o vendedor seja proprietário da coisa vendida. Conseqüentemente é nula a venda de coisa alheia, cabendo ao comprador de boa-fé ação para ressarcir as perdas e danos provenientes da inexatidão do contrato". ("Contratos", vol. I, pág. 384).

Dentre outros, Clóvis Bevilaqua e Carvlaho Santos o acompanham. O último, porém, condiciona a nulidade da venda quando sòmente se convencionar a entrega da coisa, escrevendo: "Ao invés será válida a venda, quando o vendedor se obriga entregar a coisa vendida depois de adquirir a probidade da coisa que vendeu, subordinada à condição suspensiva a aquisição da coisa pelo vendedor".

No entanto acentua Sebastião de Souza: "A entrega da coisa, no sistema de nosso Direito, é um ato de execução do contrato e não um elemento de sua composição. A falta de execução pode ter, como consequência, a rescisão do contrato, mas rescisão e nulidade são coisas inconfundíveis na técnica jurídica. O fundamento dessa rescisão não seria o fato de ser a coisa alheia mas inadimplemento de uma obrigação por parte do vendedor (Cód. Civil, art. 1.092, § único), e assim, arremata o citado civilista: "Não é nulo porque produz efeitos entre o vendedor e o comprador e, em certas circunstâncias o contrato respectivo constitui justo título, um dos elementos do usucapião". (Compra e venda, pág.).

Se não é nulo, anulável também não o é, porque a respeito do **verus dominus** nenhum efeito produz, é para êle **res inter alios acta**, podendo o mesmo exercer em qualquer tempo o direito de reivindicar a coisa, ao invés de pleitear a anulabilidade do contrato.

Por conseguinte, a apelada impossibilitada de outorgar a escritura definitiva ante a recusa de sua filha maior, uma das verdadeiras proprietárias, apropriadamente buscou o desfazimento judicial do avençado com o apelante.

Contrato êste, **data venia** da opinião da ilustrada Procuradoria de Justiça, em nada sacrificado perante os contratantes pela carência de subscrição de testemunhas ou de reconhecimento de firmas, pois no âmbito do prescrito no art. 131 do Código Civil, dispondo que "as declarações constantes de documentos assinados, presumem-se verdadeiros em relação aos signatários", as omissões não afetariam o instrumento senão na sua eficácia probatória, o que os litigantes não aventaram. ao contrário, sustentando a autenticidade do pacto levado a efeito por ambos.

Também não discrepa a sentença recorrida isentando a apelada da multa estipulada na cláusula 3.a do contrato.

Malgrado os autos darem a entender que ao apelante não seria possível promover o inventário e partilha do espólio de José Martins da Paixão, já que havia alienado as cessões de direitos hereditários às próprias filhas da apelada, comprometeu-se êle a satisfazer o referido encargo, porém, não o cumprindo nem explicando as dimensões dessa sua obrigação, enfraquecendo assim a escusa de não ter sido tomada, por parte da apelada, a iniciativa de obtenção de autorização para a venda das partes pertencentes às filhas menores, mesmo porque independentemente de tal medida, o inventário e a partilha poderiam levar a cabo, dentro das circunstâncias previstas pelos contratantes, o que seria até de melhor solução.

Ao final, a falta de atuação do órgão do Ministério Público no processo, nos têrmos da decisão, não acarretando nenhum prejuízo aos menores, em nada tocou à integridade do feito que possa ameaçá-lo de omissão fatal.

Goiânia, 6 de junho de 1967.

Paranahyba Pirapitinga Santana
Presidente com voto;

Renato Coelho,
Relator

Fausto Xavier de Rezende

VEREADOR — ELEIÇÃO PARA PRESIDÊNCIA DA CÂMARA —

— Se o impetrante não provou o que alegou, seu direito é contestável e, portanto, não amparável por meio do mandado de segurança, que visa tão-sò proteger direito líquido e certo que tenha sido violado por ato de autoridade.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Agravo de Petição n.º 247

Relator: Desor. Fausto Xavier de Rezende

ACÓRDÃO

Vistos, oralmente relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n.º 247 (Mandado de Segurança) da comarca de Posse, em que é agravante Fidêncio Valente e agravado Vitoriano Pereira da Costa:

Acordam os Desembargadores componentes do Tribunal Pleno, sem divergência de votos, conhecer do agravo e negar-lhe provimento, para confirmar a decisão agravada.

Via de seu advogado, o Dr. José Braz Gomes, Fidêncio José Valente, vereador à Câmara Municipal de Posse, impetrou perante o Dr. Juiz de Direito daquela comarca um mandado de segurança contra o ato do sr. Vitoriano Pereira da Costa, também vereador e no exercício do cargo de Presidente da Câmara Municipal, que por fôrça da Resolução n.º 2, de 6-1-1967, elevou-se à Presidência da referida edilidade.

Expõe que eleito pelo plenário, por maioria simples, para o cargo de Presidente da Câmara para o exercício do ano de 1967, a autoridade coatora não reconhece sua eleição, e, tanto assim, que vem impedindo o agravante de exercer legalmente as suas funções, fato êsse que, além de ser uma coação, cerceia os seus legítimos direitos.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações, dizendo que pela sua condição de 2.º Secretário da Mesa em 1966 e, tendo sido reeleito competia a êle, frente ao disposto no art. 4.º §1.º do Regimento Interno, a investidura da Presidência até às eleições da sessão legislativa de 1967. Por fôrça dêsse imperativo legal, foi que assumiu a Presidência para, no tempo próprio, promover a convocação dos vereadores para a eleição da nova Mesa.

Fala mais que, apesar do impetrante fazer uma série de alegações, em verdade, não provou que fôra eleito Presidente do Legislativo de Posse.

Ouvido, o Dr. Promotor de Justiça foi de parecer que se denegasse o mandado de segurança, à míngua de direito líquido e certo do requerente. Em seguida, o juiz sentenciou, indeferindo o "writ".

Não se conformando com o decisório agravou o impetrante com fundamento no art. 12 da Lei n.º 1.533, de 31-12-1951. Recebendo o recurso, o magistrado mandou dar vista ao Dr. Promotor de Justiça, que cantra-arrazoou. Depois, o juiz manteve a decisão agravada, determinando a subida dos autos a esta instância recursal.

Aqui pronunciou-se a respeito o Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral de Justiça, que opinou pela confirmação da sentença agravada. É o relatório.

Alega o agravante que seu direito líquido e certo está no fato de ter sido eleito, por maioria simples, Presidente da Câmara para o exercício de 1967, cuja eleição fôra realizada antecipadamente à época determinada nos artigos 26 e 65 do Regimento Interno da Casa, por conveniência e interêsse do bom funcionamento da Câmara no período de recesso. Apesar de legìtimamente eleito, o agravado, através da Resolução n.º 2, de 6-1-1967 ocupou a Presidência da Casa e está impedindo o agravante de exercer o seu mister. Frisa que o ato do agravado, além de ser uma coação ilegal, cerceia seus direitos de exercer as funções para as quais foi eleito.

Ocorre, porém, que o impetrante, ao requerer o "writ", não provou que fôra eleito efetivamente Presidente do Legislativo de Posse. O agravado afirma que tal eleição não se realizou e junta como prova de sua assertiva o documento de fls. 52, que diz que, nos livros de atas da Câmara Municipal, não há nenhuma ata que dê "notícia de que houve no presente exercício eleição para a formação da Mesa diretora da Casa". Onde, pois, o direito incontestável do agravante que nem sequer provou a sua condição de Presidente do Legislativo?

De modo que o impetrante formulou uma alegação que não conseguiu provar. Por conseguinte, o direito por êle argüido não é líquido e nem certo, não passando de uma questão de fato sujeita ao contraditório da prova. Assim sendo, não podia êle recorrer ao mandado de segurança, que visa tão-só proteger direito líquido e certo que tenha sido violado por ato de autoridade.

Custas pelo agravante.

Goiânia, 31 de maio de 1967

Everardo de Souza
Presidente

Fausto Xavier de Resende
Relator

Jorge Salomão

Marcelo Caetano da Costa

Clenon de Barros Loiola

Hamilton de Barros Vellasco

Geraldo Bonfim de Freitas

Manoel Amorim Félix de Souza

SENTENÇAS

CONTRATO DE PROMESSA DE VENDA — RESCISÃO — CLÁUSULA DE ARREPENDIMENTO

— Ação ordinária de rescisão de contrato. Não havendo forma substancial para o documento particular, não se anula o contrato de promessa de venda, por falta de formalidade extrínseca, desde que possa suprir-se por outro de prova. Não se pode converter um instrumento de contrato de compra e venda em Nota Promissória, por um passe de mágica. É perfeitamente válida a promessa de venda de coisa alheia, sendo aquela, em relação ao proprietário da coisa, res inter alios acta. **A autora, em pedir a rescisão do contrato, usou licitamente da cláusula de arrependimento, nêle inserida e, não tendo agido com culpa, não lhe corre a obrigação da multa contratual, pois o réu inadimpliu a sua obrigação.**

JUIZO DE DIREITO DE CATALÃO

Juiz: Firmo F. Gomes de Castro

SENTENÇA (*)

Vistos etc.

Pela inicial de fls. A. C. M., domiciliada nesta cidade, e por intermédio de procurador judicial, o Dr. J. M. V., propôs uma ação de rescisão de contrato de promessa de compra e venda, cumulada com a da consignação em pagamento e pedido de reintegração de posse sôbre o imóvel objeto da promessa, referida, tendo como réu P. N. P., casado, residente neste Município. Expôs a autora, pela inicial, em resumo, o seguinte: — que, através de instrumento particular de compromisso de compra e venda, comprometeu-se, em nome e no interêsse de seus filhos M. M. B., casada com F. M. do N., M. L. B., solteira e Leila Maria Borges, menor púbere, a outorgar ao réu uma escritura definitiva de compra e venda de parte de terrenos situados na fazenda "São Domingos", no local denominado "Atalho", sendo o contrato celebrado em 22 de janeiro de 1964 e assinado na presença de duas testemunhas; que reza o contrato que, em caso de não poder ou não querer a contratante ou seus filhos outorgar a escritura definitiva, será obrigada a pagar a importância de um milhão e trezentos e vinte e seis mil cruzeiros (Cr$ 1.326.000), acrescida da multa de vinte por cento (20%) no caso de rescisão; que pela cláusula 4.ª do contrato outorgado o adquirente obrigava-se a fazer julgar por sentença os inventários e partilhas dos espólios de J. M. da P. e sua mulher N. M. da P. ou N. M. de J., no prazo de 120 dias após o contrato; que a requerente não deseja mais outorgar a escritura definitiva, visto que

os seus filhos não desejam manter o compromisso e, portanto, deseja rescindir o contrato, depositando em juízo a importância de Cr$ 1.326.000, valor da compra, livre da multa de 20%, por não haver o compromissário comprador providenciado os inventários a que estava obrigado por cláusula contratual. Pediu afinal a citação do réu para contestar a ação -rescisão de contrato e que fôsse a A. reintegrada na posse do imóvel objeto do contrato. Com a inicial, apresentou a A. a procuração, outorgada ao seu advogado, a segunda via do contrato de compra e venda, só por ela assinado e a certidão negativa dos inventários já aludidos. passada pelo escrivão da Família e seus anexos dêste juízo.

Recebida a inicial, e por se falar na mesma em depósito, que se ofertou, designamos dia e hora para o pagamento, em cartório, da quantia consignada, contando-se dessa data o prazo para a contestação. Na data designada. não compareceu o réu para levantar o depósito, mas, sim, contestou o pedido através da petição temporária, de fls. 14. com o que se imprimiu ao feito o rito ordinário.

Alega o réu, na contestação, resumidamente, o seguinte: — que a cumulação dos pedidos, feita pela autora, constitui uma aberração jurídica, por serem êles autônomos; que foi procurado pela autora em fins de 1963 **para vender-lhe o imóvel,** objeto da demanda, cujo produto destinava-se ao pagamento de dívida de um filho da A., tudo em presença de testemunhas; que o réu. não querendo tirar partido da situação da A., propôs-lhe inicialmente o **empréstimo do numerário necessário, com o que não concordou a autora, já que a sua intenção real era a alienação do imóvel**; que diante dos fatos, claramente intencionais da autora. avençaram ambos na compra do imóvel ora litigioso, efetuando o réu à autora o **pagamento** de um milhão e trezentos e vinte e seis mil cruzeiros. conforme consta de cláusula contratual; que após a fase preliminar das tentativas, procuraram um amigo comum, o Dr. T. C., e com êle celebraram **um contrato de promessa de compra e venda;** que o réu agiu de boa-fé, tanto que nem assinou a via do contrato junta pela autora aos autos; que o réu, em função do combinado por escrito, apossou-se do imóvel, nêle edificando benfeitorias, formando e batendo pastos, em capim inclusive; que a boa fé é que presidiu as avenças entre autora e o réu, tanto que aquela agiu no interêsse de seus filhos, inclusive menores, sem obter antes o necessário Alvará de licença; que a alegação da autora, para arrepender-se do contrato, de que o réu não fêz julgar os inventários mencionados. em cento e vinte dias, é neutralizada com o fato de ela, por sua vez, não ter providenciado o Alvará judicial para que a menor impúbere pudesse alienar a sua parte: que ao réu é devida ainda a indenização por benfeitorias a apurar-se. conforme cita Frutuoso dos Santos a fls. 10 do "Contratos de Promessa de Compra e Venda"; que a promessa de compra e venda. cujo pagamento é integral, é amparado pela lei tornando-se irretratável. irrenunciável. como é o caso dos autos. e que a falta de julgamento dos inventários não é motivo suficiente para o arrependimento e, muito menos, podia a autora beneficiar-se com isso; que então seria de ação de perdas e danos. provado o prejuízo advindo, e nunca a rescisão do contrato. Estendendo-se em outras considerações. conclui o réu pedindo fôsse julgado improcedente o pedido e condenada a autora nas custas, honorários do advogado e demais cominações legais, protestando pelo depoimento pessoal da autora, testemunhas, juntada de documentos etc. Com a contestação, juntou aos autos a primeira via do contrato de promessa de venda. assinado por ambos os contratantes. Despacho ordenatório a fls. 19 e saneador a fls. 22. Conhecemos dos pedidos cumulados de consignação em pagamento e de rescisória e de rescisão de contrato, adotando-se. via da contestação, para todos. o rito ordinário. São. com efeito, os pedidos conexos e consequentes entre si e, embora de ritos diferentes, tornou-se possível o cúmulo, dentro do rito ordinário (C. P. C., art. 155 par. único). Repelimos, todavia, no saneador, o pedido de reintegração de posse, por falta, na inicial, dos requisitos necessários a essa ação e incompatibilidade do mesmo com os demais, cumulados. Realizou-se, na data marcada, a audiência de instrução e julgamento, segundo consta dos atos de fls. 28 a 35. É o relatório.

Depois da exposição das alegações da autora e do réu e em face aos depoimentos das testemunhas na audiência de instrução, do depoimento pessoal da autora, não temos dúvida em que uma e outro avençaram entre si, livremente, um contrato de promessa de compra e venda. É irrelevante, para desfigurá-lo, que o destino do preço do negócio fôsse socorrer um filho da A., em apuros financeiros, conforme alega o réu e confirma a testemunha Dr. T. C. e que o réu, inicialmente, tenha oferecido à autora uma importância em dinheiro, a título de empréstimo, que foi de pronto repelido (fls. 28, 29 e 31). Esta, de fato, precisando do dinheiro, mas queria obtê-lo, não como dádiva ou empréstimo, e sim, através de um negócio, que se consumou através do contrato de promessa de compra e venda. E com êsse intuito é que procurou aquêle causídico, juntamente com o réu, para redigir-lhe o contrato, objeto da demanda (Veja-se o depoimento do Dr. T. C.: "que o depoente foi procurado há tempos por D. A. C. M. e P. N. P., dizendo aquela que tinha um filho por alcunha de Q., que estava bastante endividado... **e por isso queria vender umas terras** ao sr. P. N. P.). Vender note-se bem, e não tomar dinheiro emprestado.

É verdade que o documento não traz a assinatura de duas testemunhas e a cópia (só a cópia) não está assinada pelo compromissário comprador, o original tem a sua assinatura (fls. 18). Mas ainda essa circunstância não invalida o ato representado pelo documento, nem neutraliza os direitos e obrigações dêle emergentes. É o que declara no parágrafo único do artigo 152 do Código Civil:

> "A nulidade do instrumento **não induz a do ato** sempre que êste se puder provar por outro meio".

O documento particular não constitui formalidade substancial. ao (**non dat esse rei**) como acontece com os instrumentos públicos, v. g. a escritura pública em relação aos contratos de compra e venda de imóveis de valor superior à taxa legal. CLOVIS BEVILAQUA figura mesmo a hipótese da **inutilização do instrumento particular,** POSSIBILITANDO, no caso, o seu suprimento por outros meios "que a lei lhe oferece" e cita o artigo 136 do Código Civil. ("Código Civil dos EE. UU. do Brasil", vol. I, 417).

Ora, no caso dos autos, todos os indícios levam à convicção de que a autora e o réu deliberaram de comum acôrdo firmar um contrato de promessa de compra e venda de certo imóvel. É a própria autora em depoimento pessoal quem afirma "que a depoente fêz o contrato de fôlhas de sua livre e expontânea vontade; que a depoente fêz o compromisso de fôlhas para saldar com o produto do mesmo compromisso a dívida de um filho" (fls. 28-verso). Depoimento do Dr. T. C. no tópico já citado, a fls. 29. Foi êste causídico quem redigiu o contrato. A testemunha F. P. de O. declara também "que, segundo teve conhecimento pessoal, o réu, P. N. P., **comprou da autora** um pedaço de chão, pagando pelo mesmo um milhão e trezentos e poucos mil cruzeiros (fls. 32). "Comprou" — diz a testemunha, por não saber distinguir uma compra de imóveis de um contrato de promessa de compra e venda.

Assim, o instrumento de fls. 5 (cópia) e fls. 18 (original) não constitue, nem pode constituir, um simples "documento de empréstimo" como se quis insinuar, mas representa um contrato de promessa de compra e

venda, o que resulta da sua letra e da intenção das partes.

Não se pode converter um instrumento de contrato de compra e venda em Nota Promissória, por um passo de mágica.

Quanto ao fato de haver a autora prometido vender bens pertencentes a terceiros, inclusive a uma menor, não invalida o contrato. Segundo a lição de Sebastião de Souza, é lícito e civil avençar a venda de bens a terceiros, como se vê da seguinte passagem:

"— Desde que a prestação do vendedor da coisa alheia **não é absolutamente impossível, o contrato de compra e venda é válido, não é nulo nem anulável**. Se o vendedor não pode cumprir a obrigação que assumiu no contrato, o comprador prejudicado tem o direito de pedir rescisão do contrato, de acôrdo com o artigo 1.092, parágrafo único, do Código Civil. Note-se, porém, que não se trata de pedir a decretação da nulidade do contrato sôbre coisa alheia, por versar sôbre coisa alheia, mas sua rescisão por inadimplência da obrigação do vendedor" ("Da Compra e Venda", fls. 242). Relanceemos, para consideração futura, o que se segue, no mesmo local e obra: "Concordamos, e todos estão de acôrdo nesse ponto, que quanto ao verdadeiro dono, **o contrato é inexistente, é res inter alios acta**. Êste contrato não o prejudica, não lhe diminui nenhum direito sôbre a coisa. **Pode êle reivindicá-la de quem quer que a detenha**, conservando o que dispõe o artigo 521, no caso de coisa móvel".

Essas considerações, feitas sôbre o contrato de compra e venda, têm tôda aplicação aos contratos de promessa de compra e venda, visto constituírem êstes preliminares daquele, não importanto, ainda, alienação da coisa. Com efeito, quem pode o mais, que é alienar, deve poder o menos, que é prometer alienar. Não se trata de contrato versante sôbre coisa ou objeto impossível, como se por exemplo alguém prometesse vender um pedaço da Lua, o que incorreria, sim, em nulidade prevista no artigo 145 n.º II do Código Civil. (Quem sabe se no futuro não serão possíveis tais convenções?...)

Com efeito, ao tempo do contrato, não era para autora coisa impossível obter o consentimento de seus filhos ou o Alvará judicial para alienar o imóvel objeto da promessa de venda.

Os contratos de promessa de compra e venda, como preliminares aos contratos de compra e venda, não foram regidos especificamente no Código Civil. Consistindo em obrigação de fazer, obrigação de contratar, são, porém, contidos na ampla liberdade de contratar. O Decreto-lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, disciplinou os contratos de compromisso de compra e venda de terrenos loteados para pagamento em prestações e em um dos seus dispositivos (artigo 22) conferiu aos compromissários compradores o direito de pedir a adjudicação compulsória nos têrmos do artigo 346 do Código do Processo Civil (Redação dada pela Lei n.º 649, de 11 de março de 1949). Tal prerrogativa, porém, foi conferida em relação aos contratos **sem a cláusula de arrependimento**.

Aos contratos de promessa de venda é lícito inserir-se a cláusula de arrependimento. Nesse caso, geralmente, a lei prevê a entrega das **arrhas** pagas. E então se o que se perde-as para o outro, mas se foi o que as recebeu, devolvê-las-á em dôbro (Código Civil, art. 1.095).

No caso dos autos, não houve a entrega de **arrhas**, mas o pagamento integral do preço do contrato, apesar de trazer a cláusula de arrependimento (cláusula 3.ª). Está ela assim redigida: "Na hipótese de não poderem, **ou não quererem**, a promitente vendedora ou seus filhos, referidos na cláusula primeira, outorgar e assinar a escritura pública de compra e venda definitiva, dentro do prazo fixado na segunda (2.ª), a promitente vendedora A. C. M. se obriga a devolver ao promitente comprador P. N. P. a importância recebida por ela, de Cr$ 1.326.000 (hum milhão e trezentos e vinte e seis mil cruzeiros), acrescida da multa correspondente a vinte por cento (20%) da mesma importância, **ocorrendo, nessa caso, a rescisão do contrato** de compromisso de compra e venda".

Dir-se-ia um contrato leonino, em que sua execução ficou à mercê de uma das partes. Tal impressão, todavia, se desanuvia ante a opinião expendida por Frutuoso dos Santos seguinte: "É verdade que a lei proibe as condições que privem o ato de todo o efeito ou o sujeitem ao arbítrio de uma só das partes (C. Civil, art. 115) **mas tal preceito não se aplica à promessa de compra e venda de imóveis, contrato bilateral por excelência**". ("Contrato de Promessa de Compra e Venda", pág. 63). Trata-se puramente de cláusula de arrependimento abordado por aquêle jurista com as seguintes considerações: "Quando não tem a certeza de que, com o advento do têrmo, possam cumprir a obrigação assumida, ou quando se pretenda condicionar a eficácia do contrato a uma eventualidade qualquer, fazendo com que a sua execução fique na dependência de posterior declaração, lançam mãos da faculdade que a lei lhes confere (Código Civil, **artigo 1.095**) **estipulando o direito de arrependimento**."

No caso dos autos, a autora, ante a negativa de uma das filhas em outorgar a escritura definitiva, exerceu o direito de arrependimento pactuado na cláusula 3.ª do contrato.

Qual a consequência de tal atitude? Poderia o réu exigir-lhe a execução específica do contrato, isto é, a outorga da escritura? Não, porque êste ato dependeu da vontade de terceiro, senhor do imóvel prometido, fato de que o réu já tinha conhecimento ao assinar o contrato de promessa. Então, a solução é modificar-se a forma da execução "substituindo a específica pela indenização por perdas e danos" (ob. e aut. cit. pág. 64.) "Na impossibilidade da execução específica, far-se-á sempre a execução genérica", afirma Frutuoso dos Santos.

Há, todavia, circunstância a ponderar quanto aos motivos que determinaram a negativa da autora em outorgar a escritura definitiva de compra e venda. Deve, então, verificar-se que pela cláusula 4.ª do contrato de fls., o réu se obrigou "por sua vez a fazer julgar por sentença, o inventário e partilha dos espólios de J. M. da P. e sua mulher N. M. da P. ou N. M. de J., dentro do prazo de 120 dias, referido na cláusula 3.ª, **sob pena de não poder cobrar a multa cominada na referida cláusula terceira**, enquanto não estiver julgada a partilha dos inventários referidos".

Ora, cf. se verifica do depoimento da autora (fls. 28) e do Dr. T. C., "os terrenos objeto do contrato de fls. 5 pertenciam anteriormente a P. N. P., que os transmitiu por escritura pública de compra e venda e parte por **cessão de herança, sendo esta uma pequena parte de procedência dos espólios** de J. M. da P. e N. M. a P. N. P., que os transmitiu parte por da P. ou N. M. de J.

Face a êsse esclarecimento, de cotejo com o que consta da cláusula 4.ª do contrato, segundo a qual o réu se obrigou livremente a desembaraçar êsses espólios através do julgamento dos inventários, chega-se à compreensão de por que a autora não conseguiu obter o Alvará de licença para a venda dêsses bens, na parte referente à sua filha menor. E é o mesmo Dr. T. C. quem declara no seu depoimento "que a autora não providenciou o Alvará de licença para a venda da parte pertencente à sua filha menor L. M. B., **a conselho do depoente, que achava melhor que a mesma aguardasse o julgamento dos inventários referidos**, do qual resultaria concretizado o quinhão da referida menor."

E por que não requereu os inventários? Responde a mesma testemunha — "por haver uma dúvida quanto às confrontações do pequeno imóvel sôbre o qual versariam, não

tendo sido possível localizar os marcos nesse terreno" (fls. 29). O que não se esclareceu é se procurou fixar-se êsses rumos duvidosos ou incertos através da ação própria, a demarcatória.

Por essa forma, deixando de promover os inventários, diligência a que livremente se obrigou por cláusula contratual, o réu também concorreu para a inexecução do contrato. Pouco importa o que constasse da escritura de cessão de herança, se posteriormente se obrigou a tomar aquela iniciativa, tanto que procurou o Dr. T. C. para aquêle fim. Mas, se dificuldades havia em caracterizar o imóvel, objeto do inventário, pelas suas confrontações, como informa aquêle causídico em seu depoimento, poderia ainda o réu remover aquelas dificuldades através de um pedido de usucapião, uma vez que no dizer da predita testemunha "ao tempo da venda dessas terras às filhas de D. A., P. N. P. já tinha a posse trintenária sôbre elas" (fls. 30). Dessa forma, o réu concorreu com a autora para a inexecução do contrato, deixando de legalizar as terras objeto da cessão de herança por êle outorgada às filhas da autora, quer seja providenciando os inventários a que alude (precedido da demarcatória para precisar as lindes do imóvel). quer promovendo o processo de usucapião sôbre o imóvel objeto da cessão. Portanto não cumprindo a sua obrigação, não podia exigir "o implemento da do outro" (Código Civil, art. 1.092).

Dir-se-ia que a autora, em face ao que consta da cláusula 3.ª do contrato, manifestou-se tardiamente o arrependimento, pois êste deveria exercitar-se dentro do prazo de cento e vinte dias da data da assinatura do contrato. Mas, é preciso atentar-se para que o réu obrigara-se, também, a dentro dêsse prazo, fazer julgar os inventários de J. M. da P. e N. M. da P. ou N. M. de J. (cláusula 4.ª) e, como se viu, êsses inventários eram imprescindíveis como preliminar à consecução do Alvará para a venda do imóvel, na parte pertencente à menor impúbere. Tendo o réu prazo para essa providência, igual ao prazo da autora para a outorga da escritura ou o exercício do direito de arrependimento, enquanto não vencido o prazo para aquêle (réu), não poderia ela exercitar o referido arrependimento. Ponderando, essas circunstâncias, pois, tem que admitir-se ser ainda temporâneo o arrependimento, não só por constituir cláusula expressa do contrato, como também em consequência do inadimplemento do réu. Não há falar em devolução de arrhas em dôbro, pois estas não foram convencionadas no contrato. A consequência do arrependimento será então a devolução do preço do contrato, sem a multa de vinte por cento, cominada na cláusula quarta e também sem perdas e danos, em face ao inadimplemento do réu quanto à referida cláusula.

À vista do exposto e mais que dos autos consta os princípios gerais de aplicação, julgo procedentes as ações acumuladas para declarar, como declarado tenho, rescindido o contrato de promessa de compra e venda de fls. 5 a 18, ressalvando ao réu P. N. P. levantar o depósito do preço do contrato de um milhão e trezentos e vinte e 6 mil cruzeiros (Cr$ 1.236.000), ressalvada também a quem de direito a ação própria para reintegrar-se na posse do imóvel. objeto do contrato referido; condeno o réu nas custas do processo e nos honorários do advogado que arbitro em vinte por cento (20%) sôbre o valor da causa, nos têrmos do artigo 64. (modificado pela Lei n.º 4.632. de 18 de maio de 1965), do Código de Processo Civil.

Catalão, três (3) de dezembro de mil novecentos e sessenta e cinco (1965).

(*) Confirmado por ac. do TJ, de 6/6/ 67 — D. J. de 4.9.67.

TRIBUNAL DE CONTAS

MILITAR — INCENTIVO À PERMANÊNCIA — INCORPORAÇÃO AO VENCIMENTO — DIREITO ADQUIRIDO

— Interpretação do artigo 4.º, § 2.º da Lei n.º 4.330, de 13 de novembro de 1962.
— Vantagem que a lei afirma incorporável ao vencimento, no curso da vigência do diploma legal determinante de incorporação, o acréscimo incentivo à permanência só será vantagem enquanto não incorporado ainda ao vencimento, porque, incorporado deixa êle de ser vantagem, para ser vencimento, e tão vencimento como o próprio vencimento.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Resolução n.º 1.657

Relator: Sr. Ministro Waldyr Castro Quinta

VISTOS, oralmente expostos e discutidos êstes Autos número ..... 2-1060/66, que tratam do julgamento da legalidade e do consequente registra do decreto de 7 de janeiro de 1966 (Diário Oficial número 9.905, de 28 do referido mês e ano), com que o Excelentíssimo Senhor Doutor Governador houve por bem

"...transferir para a reserva remunerada, no pôsto de Coronel, o Tenente-Coronel MÁRIO CASSIANO DE MEDEIROS, da Polícia Militar do Estado, fixando-lhe os proventos de inatividade na importância mensal de cr$ 510,168 (quinhentos e dez mil, cento e sessenta e oito cruzeiros), inclusive as vantagens de gratificação adicional referente a 3 (três) quinquênios e a de mérito profissional, nos têrmos das Leis números 811, de 13 de outubro de 1953, 6.211, de 12 de novembro de 1965, e o artigo 122 da Constituição Estadual", para promoção, a transferência será decretada no pôsto imediato... se contar mais de 25 (vinte e cinco) anos de serviço".

o militar postulante da transferência era, ao tempo do pedido, Tenente-Coronel, possuía interstício regular para promoção (fls. 5) e contava, a 3 de janeiro de 1966, nada menos de 34 anos, 4 meses e 28 dias de serviço (fl. 4), muito mais tempo de serviço, portanto, que aquêle estabelecido como o mínimo necessário à transferência para a inatividade no pôsto imediato.

Assim, legal foi, e insusceptível de qualquer reparo ou discussão, a transferência do Tenente-Coronel MÁRIO CASSIANO DE MEDEIROS para a reserva remunerada no pôsto de Coronel da Polícia Militar.

Quanto, todavia, aos proventos atribuídos ao requerente, uma dissenção, e muito séria, emergiu no curso do processo, a propósito de se teria êle direito, ou não, à incorporação, aos seus legítimos estipêndios de inatividade, daqueles 30% de acréscimo,

calculados sôbre o valôr do vencimento, correspondentes à vantagem chamada de "incentivo à permanência".

Excluído, como foi, do decreto de transferência para a reserva o citado acréscimo, êste Tribunal, por sua Resolução número 227, de 14 de fevereiro de 1966 (fl.28), restituiu o processo em diligência ao Poder Executivo, a fim de que nôvo ato se praticasse, de forma a incluir-se nos proventos do interessado aquêle acréscimo, porque já incorporado aos seus vencimentos para todos os efeitos.

Ouvido o Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral do Estado, e opinando êle contràriamente à retificação do decreto, o Excelentíssimo Senhor Doutor Governador manteve o ato, e pediu a esta Côrte que o registrasse sob reserva.

A jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas da União, jamais vacilante, sempre recusou registro sob protesto aos atos de transferência, para a inatividade, de pessoal do serviço público civil ou militar, limitando a admissibilidade daquele registro apenas aos casos de execução orçamentária e, no caso dêstes autos, a Côrte goiana, entre o registro sob reserva, pleiteado pelo Excelentíssimo Senhor Governador, e o registro simples, prefere determinar êste último.

Observa, porém, ser líquido, certo, seguro, definitivo, incontingente, o direito, que também cabe ao Coronel MÁRIO CASSIANO DE MEDEIROS, ao acréscimo de 30% sôbre os vencimentos de seu pôsto, acréscimo aquêle que correspondente à parcela "Incentivo à Permanência" — vencimentos por aplicação do preceito do § 2.º do artigo 4.º da Lei número 4.330, de 13 de novembro de 1962, e que incorporado também deveria ter sido aos proventos da inatividade, por fôrça de disposição contida no parágrafo único do artigo 61 da Lei número 811, de 13 de novembro de 1953, nova redação dada a êsse dispositivo pelo artigo 15 da Lei número 4.931, de 14 de novembro de 1963.

Não se contradiz êste Tribunal, quando, ao reconhecer a inexatidão, por deficiência, dos proventos atribuídos ao militar transferido para a reserva, resolve, mesmo assim, optar pelo registro simples, sem reserva, do decreto governamental.

Adotando a fórmula que adotou, esta Côrte, ao possibilitar que se consume, sem outras delongas nem maiores discussões, a transferência do militar para a reserva remunerada, deixa em aberto, em favor e proveito do requeernte, o caminho para pleitear, na instância administrativa própria, a integração dos seus proventos de inatividade ou, em caso de insucesso aí, a proclamação e o reconhecimento, na instância judiciária competente, o direito ao acréscimo recusado, direito que a êste Tribunal se afigura vestido de todos os melhores atributos de liquidez e certeza.

E passa esta Côrte a justificar as razões do seu absoluto convencimento da incorreção do decreto governamental ora em exame.

Sôbre o adicional chamado de "Incentivo à Permanência", há os seguintes dispositivos legais, aplicáveis à espécie:

1.º) — Lei número 4.330, de 13 de novembro de 1962:

"Artigo 4.º — A remuneração dos militares em atividade é constituída de:

"a) — Sôldo, ou vencimento, remuneração básica do pôsto ou graduação, devida ao militar de serviço ativo...;

"b) — Vantagem, tudo mais que perceber o militar além do sôldo, de acôrdo com o seguinte Código de Vantagens:

....

""V — **Incentivo à Permanência**: — Aos oficiais que continuarem em serviço ativo após adquirir direito à inatividade com remuneração Integral do pôsto imediato, ... 30% (percentagem sôbre o soldo do pôsto ou graduação);

....

"§ 2.º — A vantagem referida no ítem IV (Incentivo à Permanência) **será incorporada aos vencimentos, para todos os efeitos**, após completar o oficial 30 anos de serviços públicos".

2.º) — Lei número 4.931, de 14 de novembro de 1963, que, no seu artigo 15, deu a seguinte nova redação ao parágrafo único do artigo 61 da Lei número 811, de 13 de outubro de 1953:

"No caso de transferência voluntária para a reserva remunerada, o oficial possuindo interstício regular para a promoção, a transferência será decretada no pôsto imediato, com os vencimentos e as vantagens decorrentes do **incentivo à permanência**, previstas na Lei número 4.330, de 13 de novembro de 1962, e a gratificação adicional constante do artigo 122 da Constituição Estadual, se contar mais de 25 (vinte e cinco) anos de serviço, e, em caso contrário, na proporção de um vinte e cinco avos (1/25) por ano, a ser observado também nos casos de reforma regulados nêste artigo".

3.º) — Lei número 4.999, de 14 de novembro de 1963, que, ao excluir dentre as vantagens vigoráveis a partir de 1.º de janeiro de 1964, ressalvou todavia o seguinte no § 2.º de seu artigo 4.º:

"A vantagem "Incentivo à Permanência", referida no ,tem IV, letra **b**, do artigo 4.º da Lei número 4.330, de 13 de novembro de 1962, fica **incorporada aos vencimentos** dos militares que obtiveram êsse benefício na vigência dessa Lei".

4.º) — Lei número 5.754, de 15 de fevereiro de 1965, que no seu artigo 3.º estabeleceu:

"Ficam revogadas tôdas as outras vantagens concedidas em leis anteriores, respeitados los direitos adquiridos] as atinentes a cargos de confiança do Chefe do Poder Executivo". (A parte dentro dos colchêtes foi vetada).

5.º) — Lei número 6.211, de 12 de novembro de 1965, cujo artigo 5.º prescreveu:

"Ficam revogadas tôdas as outras vantagens, acréscimos **incorporáveis** ou não, concedidos em leis anteriores tanto para os da ativa como para os inativos, que forem beneficiados por esta Lei".

A letra "b" do artigo 4.º da Lei número 4.330, de 13 de novembro de 1962, publicada no "Diário Oficial" de 30 de dezembro do mesmo ano, ao definir, como

"VANTAGEM", tudo mais que perceber o militar além do sôldo", instituiu, para os militares em atividade, nada menos de 12 (doze) espécies de vantagens diferentes:

I — Acréscimo de tempo integral de serviço;

II — Estímulo à instrução;

III — Risco de vida;

IV — Incentivo à Permanência;

V — Gratificação de exterior;

VI — Abono de fardamento;

VII — Gratificação de instrutor;

VIII — Quebra de Caixa;

IX — Gratificação de especialidade;

X — Gratificação de função;

XI — Gratificação adicional;

XII — Salário-família.

Tais acréscimos, por defi-

nição legal ou constitucional, eram incorporáveis aos vencimentos dos militares.

Jamais poderiam ser incorporados aos vencimentos, uma vez que a própria Lei 4.330, não os consideravam incorporáveis, os seguintes acréscimos:

I — Acréscimo de tempo integral de serviço;

II — Estímulo à instrução;

III — Risco de vida;

V — Gratificação de exterior;

VI — Abono de fardamento;

VII — Gratificação de instrutor;

VIII — Quebra de Caixa;

IX — Gratificação de especialidade;

X — Gratificação de função;

XI — Salário-família.

Todavia, **incorporáveis aos vencimentos** eram as duas vantagens outras, a da **gratificação adicional** e a do **incentivo à permanência**.

A incorporação da vantagem gratificação adiconal é determinada em dispositivo de natureza constitucional:

"Ao funcionário civil e **aos militares, são concedidas**, por quinquênio, **gratificações adicionais** de cinco por cento (5%), por tempo de efetivo serviço público, a partir da promulgação desta Constituição, **que se incorporarão aos vencimentos para todos os efeitos**" (art. 122 da Constituição Estadual de 20 de julho de 1947).

A incorporação da vantagem incentivo à permanência é determinada em nada menos de três dispositivos legais:

"**A vantagem** referida no item IV (**Incentivo à Permanência**) **será incorporada aos vencimentos, para todos os efeitos**, após completar o oficial 30 anos de serviços públicos (§ 2.º do art. 4.º da Lei n.º 4.330 de 13 de novembro de 1962);

"No caso de transferência voluntária para a reserva remunerada, o oficial possuindo interstício regular para a promoção, **a transferência será decretada** no pôsto imediato, **com os vencimentos e as vantagens decorrentes do incentivo à permanência**, previstas na Lei número 4.330 de 13 de novembro de 1962, e a gratificação adicional constante do artigo 122 da Constituição Estadual", artigo 61 da Lei n.º 811, de 13 de outubro de 1953, nova redação, dada pelo art. 15 da Lei n.º 4.931, de 14 de novembro de 1963);

"**A vantagem "Incentivo à Permanência"**, referida no item IV, letra **b**, do artigo 4.º da Lei número 4.330, de 13 de novembro de 1962, **fica incorporada aos vencimentos** dos militares que obtiveram êsse benefício na vigência dessa Lei" (§ 2.º do art. 4.º da Lei n.º 4.999, de 14 de novembro de 1963).

Não se pode, pois, jamais pôr em dúvida a evidência de que, em face de tantos textos legais mais uma vez reproduzidos ainda há pouco,

enquanto vigente a Lei 4.330 a vantagem do incentivo à permanência era INCORPORÁVEL ao vencimento dos militares.

E que significa uma **vantagem INCORPORÁVEL?** Precisamente, na unânime definição dos dicionários, **a vantagem ainda não incorporada**, a vantagem **que pode ser incorporada, que haverá de vir a ser incorporada quando atendidas as condições que para a incorporação estiverem prescritas em lei.**

Vantagem que a lei afirma **incorporável** ao vencimento, no curso da vigência do diploma legal determinante de incorporação, **o acréscimo INCENTIVO À PERMANÊNCIA só será vantagem ENQUANTO NÃO INCORPORADO AINDA AO VENCIMENTO, PORQUE, INCORPORADO DEIXA ÊLE DE SER VANTAGEM, PARA SER VENCIMENTO, E TÃO VENCIMENTO COMO O PRÓPRIO VENCIMENTO.**

E, por isso mesmo, se, sucessivamente, a Lei número 5.754, de 15 de fevereiro de 1965, (art. 3.º) e a Lei número 6.211, de 12 de novembro de 1965 (art. 5.º), expressamente revogaram "tôdas as outras **vantagens** concedidas em leis anteriores", da revogação resultaram legitimamente as seguintes situações:

1.ª

A 30 de dezembro de 1962, data em que entrou em vigor, pela publicação, a Lei número 4.330, de 13 de novembro daquele ano, havia oficiais com trinta anos, ou mais, de serviço público e que, com direito à inatividade com a remuneração integral do pôsto imediato, continuavam no serviço ativo. Por preenchimento dos requisitos e dos pressupostos legais, aquêles militares não mais tinham, pròpriamente, direito à vantagem "Incentivo à Permanência", mas sim à sua **incorporação**, desde logo, aos vencimentos do pôsto. Cabia-lhes, não mais uma vantagem **incorporável**, mas uma **vantagem incorporada ao vencimento** e vantagem que, pela incorporação desde logo, deixara de ser vantagem, para transformar-se em vencimento.

2.ª

A 30 de dezembro de 1962 data em que entrou em vigor, pela publicação, a Lei número 4.330, de 13 de novembro daquele ano, havia oficiais que continuavam em servico ativo após adquirirem direito à inatividade com remuneração integral do pôsto imediato, mas que não haviam ainda completado 30 anos de serviço público. Tinham êles direito à vantagem **incorporável** de "Incentivo à Permanência", não lhes cabendo, todavia, direito imediato à incorporação das vantgaens ao vencimento, por lhes faltar tempo de serviço.

3.ª

A 30 de dezembro de 1962, data do início da vigência da Lei número 4.330, havia também oficiais com menos de 30 anos de serviço público e ainda sem direito a se transferirem para a inatividade com a remuneração integral do pôsto imediato. Naquela data, êsses oficiais não tinham direito nem à vantagem **incorporável** do "Incentivo à Permanência", nem direito, muito menos, à incorporação da vantagem ao vencimento. Para aquêles oficiais, duas hipóteses caberiam:

a) — Antes da revogação, por lei posterior, da vantagem, adquiriram direito à transferência para a inatividade com a remuneração integral do pôsto imediato, mas não chegaram a completar 30 anos de serviços na vigência da Lei 4.330: nesse caso, do dia em que adquiriram direito à transferência para a reserva com remuneração do pôsto imediato, passaram a fazer jus a vantagem do "Incentivo à Permanência", que não se incorporaria ao vencimento por insuficiência do tempo de serviço (menos de 30 anos, na hipótese), e que haveria, mesmo, de ser supressa, pela revogação, contra a qual jamais poderiam reclamar os interessados, já que a vantagem, conquanto incorporável, **não chegara a incorporar-se ao vencimento;**

b) — Antes da revogação da vantagem, se os oficiais completaram 30 anos de serviço mas não adquiriram direito à transferência para a inatividade com remuneração integral do pôsto imediato, não fizeram êles jus, nem mesmo, à vantagem "Incentivo à Permanência": a revogação desta não lhes afetou, de nenhuma forma, o valor da remuneração.

Na primeira das três situações expostas, os militares já tinham, desde o início da vigência da Lei número 4.330 (30 de dezembro de 1962), não o direito à vantagem **incorporável do** "Incentivo à Permanência", mas sim à **incorporação**, imediata, do valor da vantagem ao valor da remuneração básica do pôsto: não lhes cabia, então, uma vantagem incorporável, futuramente incorporada, e sim uma vantagem incorporada, vantagem que, por incorporada, deixara de

ser vantagem para entrar a fazer parte do vencimento. Para os militares na primeira situação, a revogação, posterior, da vantagem "Incentivo à Permanência" não lhes representou, nem poderia representar, prejuízo algum, porque a lei revocatória, pela proibição constante do § 3.º do artigo 141 da Constituição Federal, sòmente poderia abolir um direito que ainda não estivesse consumado segundo a lei vigente ao tempo da sua instituição, nem um direito que a própria lei declarasse desde logo assegurado a seus titulares.

Na segunda das três situações, o direito dos militares ainda não estava, a 30 de dezembro de 1962, consumado nem efetivado; mas já militava, em favor dêles, o instituto do direito adquirido, direito que, efetivamente, vieram a adquirir tão logo reuniram as condições e exigências conjuntas do ítem IV e do § 2.º do artigo 4.º da Lei número 4.330. Para êles, então, a revogação da vantagem também jamais poderia redundar em prejuízo, porque, antes da revogação, a vantagem se transmudara em acréscimo no vencimento, a vantagem não mais era vantagem, sim vencimento como o próprio vencimento.

Já, contudo, na terceira situação, as condições eram bem outras: os militares jamais adquiriram direito a incorporação da vantagem, e outros nem mesmo à própria vantagem e, por isso, nada poderiam reclamar diante da revogação dela.

Com bem mais de 30 anos de serviço público no dia em que entrou em vigor a Lei número 4.330, e com direito a transferir-se para a inatividade com a remuneração integral do pôsto imediato, o hoje Coronel MÁRIO CASSIANO DE MEDEIROS enquadrava-se perfeitamente na primeira das três situações expostas: desde o dia 30 de dezembro de 1962, a vantagem "Incentivo à Permanência", que em condições outras, era apenas **incorporável** aos vencimentos **já estava incorporada aos vencimentos para todos os efeitos, já não era mais vantagem, SIM VENCIMENTO, e consequentemente insusceptível de lhe ser suprimida por um dispositivo que se limitou a revogar vantagens, DISPOSITIVO QUE CONSTAVA DE UMA LEI DE AUMENTO DE VENCIMENTOS, não podendo jamais por isso mesmo ser entendido como redutor de vencimentos, e redutor arbitrário apenas para alguns titulares de igual pôsto.**

As razões alinhadas contra tal entendimento pela ilustrada Procuradoria Geral do Estado, no Despacho número 4.563/66 (fls. 41 a 43), infelizmente não atentaram para a profunda, capital, substancial, decisiva diferença existente entre uma vantagem ainda apenas **incorporável** (susceptível, pois, de abolição enquanto não incorporada) e a vantagem já **incorporada**. Se incorporar, na lição de eminente dicionarista, significa **"juntar num só corpo", "unir", "reunir em um só todo", "entrar a fazer parte de"** ("Dicionário de Verbos e Regimes", Francisco Fernandes, 4.ª edição, Livraria do Globo, pág. 277), e se a vantagem "Incentivo à Permanência" já estava, pelo preenchimento de todos os requisitos legais, incorporada ao vencimento do Coronel MÁRIO CASSIANO DE MEDEIROS, desde o dia em que entrou em vigor a Lei número 4.330 não se pode contestar que, a partir da vigência da lei, o "Incentivo à Permanência", para êle, deixara de ser vantagem, porque **já reunida desde logo ao vencimento,** do qual **desde logo entrara a fazer parte**, insusceptível por isso mesmo de ser unilateralmente revogada.

A propósito, ainda, de respeitável despacho da ilustrada Procuradoria, cabem outras observações e apostilas, justificáveis porque foi precisamente naquele ato que se baseou o Excelentíssimo Senhor Doutor Governador, para recusar cumprimento à Resolução número 227 (fls. 28) desta Côrte.

Diz a princípio a ilustrada Procuradoria Geral do Estado: "A Lei número 4.330 de 13 de novembro de 1962, tem por finalidade **precípua** (1) fixar o efetivo da Polícia Militar do Estado, para o exercício de 1963; é portanto, um diploma legal que se classifica dentre as chamadas **leis ânuas**, consoante prevê a Constituição Estadual, em seus artigos 20, ítem V, e 22, parágrafo único, que estão harmonizados com a Constituição da República (2)."

"O Incentivo à Permanência de oficiais na atividade foi introduzido pelo artigo 4.º, item IV, da Lei 4.330 (3), precitada; portanto, era um dispositivo transitório (4) e, por isso mesmo, **os direitos ali previstos não deveriam ter a característica de permanência** (5)." (O original não tem grifos).

(1) A lei teve, realmente, a finalidade **precípua** de fixar o efetivo da Polícia Militar para o ano de 1963. Mas como precípua quer dizer **principal**, poderia ter a lei também outra ou outras finalidades. E realmente teve, como se vê da sua ementa, **in verbis**: "Fixa o efetivo da Polícia Militar do Estado de Goiás para o ano de 1963 E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". Entre as **outras providências**, estavam duas, que nada tinham a ver com fixação de efetivo: a instituição da vantagem "Incentivo à Permanência" (artigo 4.º, IV, da Lei .... 4.330) e a incorporação de tal vantagem aos vencimentos dos oficiais após completarem êstes 30 anos de serviço (§ 2.º do art. 4.º da Lei citada).

(2) Os dispositivos da Constituição Estadual citados não prevêem vigência apenas de um ano para as leis de fixação do efetivo da Polícia Militar. Foi a própria Lei 4.330 que fixou (art. 1.º) o efetivo apenas para o ano de 1963, mas poderia, também, validamente, fazê-lo para um biênio, ou um triênio. Se a Lei 4.330 dispôs apenas "para o ano de 1963" quanto à fixação do efetivo, não deu todavia (art. 4.º) o prazo de vigência para a remuneração dos militares, nem, consequentemente, para o § 2.º do artigo 4.º, que mandou incorporar o "Incentivo à Permanência" aos vencimentos dos oficiais com 30 anos ou mais de serviços públicos.

(3) O parecer não faz, inexplicàvelmente, referência ao § 2.º do artigo 4.º da Lei 4.330, que foi precisamente o dispositivo determinante da incorporação do acréscimo "Incentivo à Permanência" aos vencimentos dos oficiais com 30 ou mais anos de serviço.

(4) A vantagem "Incentivo à Permanência", ainda que apenas como vantagem, incorporável mas ainda não incorporada, não foi instituida por um dispositivo transitório. E tanto não foi que se fizeram mister duas novas disposições legais expressas (art. 3.º da Lei número 5.754, de 15 de fevereiro de 1965; art. 5.º da Lei número 6.211, de 12 de novembro de 1965), para a revogação da citada vantagem.

(5) "Os direitos ali previstos **não deveriam ter** a característica de permanência. Realmente, não deveriam. Não deveriam, mas tiveram: a vantagem "Incentivo à Permanência", enquanto apenas incorporável mas ainda não incorporada, durou até sua revogação três anos depois; e a mesma vantagem, depois de incorporada ao vencimento, tornou-se vencimento, e ainda existe, depois das leis revocatórias, as quais sòmente poderiam revogar os acréscimos incorporáveis ainda não incorporados, nunca jamais os incorporados ao vencimento e assim tornados vencimentos.

Prossegue a manifestação da ilustrada Procuradoria Geral do Estado (fls. 41 a 42): **"A lei número** 5.754, de 15 de fevereiro do corrente ano (1965) em seu art. 3.º, **revogou expressamente tôdas as vantagens** (6) concedidas por diplomas anterio-

res (7), excetuando apenas as relativas a cargos de confiança do Chefe do Poder Executivo. Assim, foram removidos os benefícios do Incentivo à Permanência, por fôrça do diploma legal em epígrafe. Poder-se-ia argumentar que se configurou **direito adquirido,** mas é sabido que, em face das normas constitucionais (8), da doutrina e da jurisprudência, as leis eivadas de vícios (9) não geram tais garantias, e a de número 4.330, pela sua condição de transitoriedade, não poderia fixar tal direito (10)." (O original do texto reproduzido não tem grifos).

(6) Revogou apenas as vantagens incorporáveis mas ainda não incorporadas, porque estas últimas, pela incorporação, já haviam deixado de ser vantagens, já eram partes e corpo do venci. Foi precisamente para explicar o alcance da revogação que a Lei número 6.211, de 12 de novembro de 1965, declarou "revogadas tôdas as outras vantagens, acréscimos incorporáveis ou não." ficando, aí, bem claro que aquilo que se revogava eram os acréscimos **não incorporáveis**, os acréscimos **incorporáveis** nunca jamais os acréscimos INCORPORADOS.

(7) A Lei número 5.754, de 1965, revogando expressamente tôdas as vantagens incorporáveis, não revogou, todavia, o parágrafo único do artigo 61 do Regulamento de Promoções (Lei n.º 811, de 1953, nova redação dada pelo Lei n.º 4.931, de 1963: nesse dispositivo, aliás não transitório, mas permanente, se garante, de modo claro, indiscutível, mais uma vez, o acréscimo do "Incentivo à Permanência".

(8) Em face das normas constitucionais, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são intangíveis (Constitutição Federal, § 3.º do artigo 141).

(9) O Parecer não diz quais os vícios que impedem a aquisição do direito à incorporação do Incentivo à Permanência, tal como determinada no § 2.º do artigo 4.º da Lei número 4.330.

(10) Já se mostrou que nem tudo na Lei número 4.330 era transitório. O disposto no § 2.º do artigo 4.º, por exemplo, continha preceito de eficácia e resultado permanentes. Aliás, uma das características de tôdas as leis é a da transitoriedade: "... a lei terá vigor até que outra a .... revogue", diz o artigo 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil. Mas, se chamarmos de transitórias apenas as leis de vigência temporária, nem mesmo essas (a não ser a do orçamento, por expressa vedação de ordem constitucional) estão proibidas de trazer, em seu bôjo, disposições não temporárias, ou permanentes no sentido relativo do têrmo: exemplo disto, dentre muitíssimos outros, é a lei orçamentária do Império n.º 317, de 21 de outubro de 1943, que, votada para o exercício financeiro de 1844, criou, no seu artigo 35, "um registro geral de hipotecas nos lugares e pelo modo que o Govêrno estabelecer nos seus regulamentos", criação que só foi regulamentada 3 anos mais tarde, pelo Decreto número 482, de 14 de novembro de 1946. A boa técnica legislativa recomenda que, dos textos das leis destinadas à vigência temporária, constem apenas matérias cujo vigor deva morrer com a própria lei: mas se a lei temporária desatende à recomendação (como ocorreu com a inclusão do § 2º no artigo 4.º da Lei 4.330), sofreu com isto apenas a técnica, mas o direito criado pelo preceito é tão válido quanto o que se instituísse noutra lei não temporária.

Depois de afirmar que "a assertiva levantada pelo artigo anterior encontra guarida no próprio Código de Vencimentos e Vantagens das Fôrças Armadas, que revogou expressamente uma série de benefícios concedidos anteriormente" e que "contra êste mandamento, jamais se intentou qualquer ação" (11) o parecer continua: "Além do mais, é pacífico que os Podêres Legislativo e Executivo podem reduzir vencimentos, **desde que a medida seja tomada em caráter geral** (12). Ora, quem pode retificar para menos vencimentos que constituem efetivamente o meio de sobrevivência daquele que se dedica aos misteres públicos, **por que razão não poderia diminuir gratificações que são vantagens a mais, aderidas aos vencimentos** (13), e, quando muito, os acompanham como acessório?" (O texto original não tem grifos).

(11) O asserto de que não se tenha intentado ação alguma não robustece a tese da ilustrada Procuradoria. A esta caberia, isto sim, citar pelo menos um caso transitado em julgado, da perda, por militar, de algum acréscimo do que lhe tivesse sido supresso, **DEPOIS DE JÁ INCORPORADO AOS VENCIMENTOS PARA TODOS OS EFEITOS**, como é o caso dêstes autos.

(12) Não se conhece nenhuma lei que, até hoje, tenha reduzido vencimentos de militares estaduais, **em caráter geral.** As leis revocatórias eram leis de **aumento** de vencimentos dos militares, e só aboliram vantagens AINDA NÃO INCORPORADAS aos vencimentos.

(13) A resposta à indagação está no § 3.º do artigo 141 da Constituição Federal. A gratificação adicional por tempo de serviço é também uma vantagem que se incorpora ao vencimento. Mas, se amanhã uma emenda constitucional revogar o artigo 123 da Carta Estadual, as gratificações, já **"aderidas ao vencimento"** terão de ser respeitadas e mantidas. É regra inelutável, enquanto houver preceito constitucional protetor do direito adquirido. Pode, realmente, a lei ordinária reduzir vencimentos do pessoal militar. Os do pôsto de Coronel, por exemplo, que hoje valem Cr$ 350.000 mensais, podem passar a apenas Cr$ 300.000. Mas, de qualquer forma, e em qualquer hipótese, a redução, "de caráter geral", na expressão da ilustrada Procuradoria, tem de respeitar o direito que todo Coronel já houver adquirido, tanto à gratificação adicional **já incorporada** aos vencimentos, quanto à do incentivo à permanência, igualmente **já incorporada:** uma e outra gratificações — calculadas como são em proporção aos vencimentos do pôsto — passarão a valer menos, mas nunca jamais poderão ser supressas.

Outro argumento da ilustrada Procuradoria: "É de se ponderar que o próprio artigo 4.º, item IV, da Lei número 4.330 contradiz as finalidades do incentivo ora analisado, pois o mesmo é à **permanência,** e, desta forma, não é cumulativo e foge completamente à sistemática da Lei utilizá-lo como meio para a saída do oficial do corpo de tropa para ingresso na inatividade (14).

(14) O argumento, que na aparência é ponderável, não tem consistência na realidade. É sabido que ao completar 25 anos de serviço, tem o oficial direito à transferência voluntária para a reserva e se atender a outros requisitos legais, à transferência no pôsto imediato. Desde êsse dia, o oficial (art. 4, IV, da Lei 4.330) tinha direito à vantagem do "Incentivo à Permanência": mas, ao completar 30 anos, isto é ao **cumprir mais cinco anos** como prêmio da permanência além do tempo regular, a vantagem (§ 2.º do art. 4.º da Lei 4.330) transmuda-se em vencimento **INCORPORA-SE AO VENCIMENTO E PARA TODOS OS EFEITOS**. Só a certeza dessa incorporação oportuna é que, realmente, **INCENTIVA** à permanência. Quem com 25 anos de serviço já pode passar à reserva remunerada e, na reserva, enquanto ainda válido e forte, pode exercer atividade particular remunerada, jamais fica-

ria **MAIS CINCO ANOS** de sua existência para receber apenas mais 30% do vencimento do pôsto, **SE NÃO TIVESSE A CERTEZA DE QUE SUA RENÚNCIA À TRANSFERÊNCIA PARA A RESERVA IMEDIATAMENTE HAVERIA DE SER RECOMPENSADA COM A INCORPORAÇÃO DEFINITIVA DO ACRÉSCIMO AOS AOS VENCIMENTOS!** A Lei 4.330 foi, pois, sábia e inteligente: se a vantagem do incentivo à permanência não fôsse depois INCORPORADA ao vencimento, isto é, se não existisse igualmente o preceito da incorporação contido no § 2.º do artigo 4.º, não haveria, na realidade, incentivo algum: para que se tenha uma idéia disto, diremos, apenas, que o hoje Coronel MÁRIO CASSIANO DE MEDEIROS, que há cinco anos, ou na realidade há nove, poderia estar de pijama, dedicou mais nove anos de sua existência à profissão militar, **para quê?** Para ver incorporado ao seu provento de inatividade o acréscimo de Cr$ 105.000 mensais. Se já estivesse, de há muito, na reserva, dedicado a outras atividades particulares remuneradas, tal acréscimo não lhe faria falta, pois êle já teria uma independência econômica advinda daquelas outras atividades, e não da remuneração do seu pôsto, como invariàvelmente sempre ocorreu a seus outros colegas de farda, que se transferiram para a reserva antes da instituição da chamada "vantagem de "Incentivo à Permanência".

Mas assim completa seu parecer a ilustrada Procuradoria Geral do Estado (fls. 42 a 43): "Ademais, há de se convir que o § 2.º do artigo 4.º da Lei n.º 4.999, de 14 de novembro de 1963, que fixou o efetivo da Polícia Militar para o ano subsequente, assegurou a incorporação do chamado incentivo à permanência apenas aos militares que completaram trinta anos de serviço sob a égide da Lei número 4.330 citada (15). Eis que isto se configurou um privilégio apenas endereçado a um grupo (16). Porventura, os que completariam trinta anos em 1964 e nos exercícios seguintes teriam deméritos sôbre os seus colegas, que atingiram os trinta anos de serviço em 1963? E os que se encontravam na inatividade, que naturalmente lutaram com dias mais difíceis, porque o índice de desenvolvimento e de assistência dado aos militares era mais rude, em decorrência lógica das condições do erário? (17). Houve, sem dúvida alguma, restrição odiosa, configurou-se o desprêzo completo do § 1.º do artigo 141 da Constituição da República, que, no Capítulo dos Direitos e das Garantias Individuais, assegura a igualdade de todos perante a Lei, igualdade esta que consiste em se dispensar o mesmo tratamento para aquêles que estão em idênticas situações" (18).

(15) Sob a égide da Lei 4.330 o Coronel MÁRIO CASSIANO DE MEDEIROS já tinha, assegurada, a incorporação do incentivo à permanência aos seus vencimentos **PARA TODOS OS EFEITOS,** e, assim, a Lei 4.999, invocada no parecer, confirma apenas o direito à incorporação, no caso, para dizer apenas que não haveria novas incorporações a partir de 1964.

(16) O privilégio endereçado apenas a um grupo foi instituído não pela Lei 4.330, que era sábia, inteligente e justa. O privilégio veio justamente com a Lei 4.999, que não se aplica à solução do caso dêstes autos, e que impediu que outros oficiais adquirissem o mesmo direito à incorporação.

(17) A correção dos desníveis deve ocorrer pela atribuição, aos militares inativos não contemplados com o acréscimo de 30%, dessa percentagem como aditivo dos seus proventos. A supressão dos acréscimos já adquiridos sbo a égide de leis regulares, sim, é que é odioso e, acima de tudo, inconstitucional.

(18) Na tese da ilustrada Procuradoria, evidentemente haverá o Executivo de negar direito à aposentadoria ao funcionário civil ocupante de cargo isolado, com acréscimo de 30% nos vencimentos, se ainda não aposentado, mas se, à data da revogação do dispositivo estatutário que conferia aquêle acréscimo, contasse já, o servidor, mais de 30 anos de serviço. Porque, antes dêle, outros servidores, noutros tempos, até com maior tempo de serviço, não tiveram direito ao acréscimo, porque ainda não instituído por lei. Ou porque, depois de revogado o acréscimo, outros servidores a êle também não venham a ter direito. A igualdade de todos, perante a Lei, preceituada na Carta Magna, não leva a afirmações de tal sorte exdrúxulas: enquanto a lei é lei, todos devem ser tratados conforme a lei; antes de existir a lei, outros tratamentos podem ter sido legìtimamente dispensados na mesma situação, sem que isto importe em transgressão do preceito constitucional; nem transgressão será de, revogada a lei, não se conferirem, a outros, direitos que porventura ainda não tivessem adquirido sob o império da lei revogada. Os Coronéis da Polícia Militar transferidos para a reserva antes da vigência da Lei número 4.330 não podem invocar o preceito do § 1.º do artigo 141 da Constituição Federal, para obterem um acréscimo de incentivo à permanência que ainda não existia à época da transferência; nem os que passaram à inatividade depois de revogada a Lei 4.330, poderiam reivindicar aquêle acréscimo com invocação do citado pretexto, SE ENQUANTO VIGENTE A LEI, NÃO ADQUIRIRAM DIREITO AO ACRÉSCIMO. Quanto ao Coronel MÁRIO DE MEDEIROS, não tem sua situação enquadrada em nenhuma das hipóteses excludentes de direitos: JÁ HAVIA, SOB A ÉGIDE DA LEI 4.330, ADQUIRIDO O DIREITO À INCORPORAÇÃO DO INCENTIVO À PERMANÊNCIA A SEUS VENCIMENTOS, PARA TODOS OS EFEITOS (§ 2.º do art. 4.º da Lei citada), INCLUSIVE, EVIDENTEMENTE, PARA O DA ANEXAÇÃO, DEFINITIVA, IRREVOGÁVEL, DAQUELE ACRÉSCIMO AOS SEUS PROVENTOS DE INATIVIDADE.

Como se vê, a melhor apreciação do problema, do ponto de vista jurídico, foi feita pelo Exmo. Sr. Dr. Procurador JOSÉ DE BARROS SOUSA, cujo excelente parecer (fls. 33 a 39) deveria ter sido perfilhado por Sua Excelência o Senhor Doutor Governador do Estado.

Após o registro do decreto, tal como determinado na presente resolução, restituam-se os autos ao Gabinete Militar da Governadoria, para os devidos fins.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE GOIÁS, em Goiânia, aos 12 de outubro de 1966.

Nelson Siqueira — Presidente;

Waldyr de Castro Quinta — Relator;

Carlos Dayrel — Ministro;

Joaquim Gomes Filho — Ministro;

Venerando Freitas Borges — Ministro;

Fui presente:

Waldir Luiz Costa — Procurador.

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