

REVISTA DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE
MATO GROSSO DO SUL

N.º 1 — 1979 — Campo Grande — MS

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

JORGE ANTÔNIO SIUFI
Diretor

JOSÉ COUTO VIEIRA PONTES
Redator-Chefe

CLAUDIONOR MIGUEL A. DUARTE

ARNALDO RODRIGUES

EVANDRO FERREIRA V. BANDEIRA

ALINDOR PEREIRA

LEONARDO NUNES DA CUNHA

Conselho de Redação e Seleção

CORRESPONDÊNCIA:

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Avenida Afonso Pena, 2968 — Tel. 383-1071

Campo Grande — Mato Grosso do Sul — CEP 79.100

MATO GROSSO DO SUL

PODER EXECUTIVO

GOVERNADOR

Marcelo Miranda Soares

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADOR GERAL

Nelson Trad

PROCURADOR GERAL ADJUNTO DO ESTADO

Jorge Antônio Siufi

ASSESSOR ESPECIAL DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

José Couto Vieira Pontes

PROCURADORIA DE ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Procurador: Claudionor Miguel Absz Duarte

PROCURADORIA DE ASSUNTOS DO PESSOAL

Procurador: Arnaldo Rodrigues

PROCURADORIA DE ASSUNTOS TRIBUTÁRIOS

Procurador: Alindor Pereira da Silva

PROCURADORIA JUDICIAL

Procurador: Evandro Ferreira de Viana Bandeira

ASSESSOR I: Estêvão de Barros Bacchi

ASSESSOR II: Laerte Galli

CONSULTOR JURÍDICO CONTRATADO: Leonardo Nunes da Cunha

DIVISÃO DE APOIO JURÍDICO

Chefe: Mara Emília Martins de Quevedo

DIVISÃO DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS

Osmir Peltz

Apresentação

Expressamos com a edição da Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, em palavras escritas à guisa de apresentação, o que constituiu, desde o primeiro momento, um dos deveres essenciais de nossa Administração.

As lições que se seguem, pelo seu conteúdo doutrinário — inéditas quase todas — são o reflexo da perspicácia, sabedoria e da experiência dos que a produziram.

Esta a razão que nos envaidece, pois pela mesma forma com que o praxista revela a qualidade do seu pensamento e da sua cultura, assim uma obra reflete, em todos os seus gêneros, o predicado do trabalho dos que a tornaram pública.

Ressaltamos, por isso mesmo, o apoio do Governador do Estado, Dr. Marcelo Miranda Soares, que, em seu entendimento, nos incentivou a publicar a nossa “Revista”, não por questão de vaidade, mas em cumprimento ao dever legal.

A Revista é, portanto, fruto da harmonia e produtiva colaboração de todos, na madrugada do Mato Grosso do Sul como entidade autônoma da Federação.

Pretendemos — nós da Procuradoria Geral do Estado — integrá-la no universo da ciência jurídica, a fim de assegurar aos que nele habitam, nesta região, o prestígio intelectual que perseguimos e haveremos de conquistar.

NELSON TRAD
Procurador Geral do Estado

DOCTRINA

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR COMPORTAMENTOS ADMINISTRATIVOS

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO
Titular da Faculdade de Direito da
Universidade Católica de São Paulo

I — INTRODUÇÃO

1. No Brasil, o princípio da responsabilidade do Estado por comportamentos administrativos extra-contratuais sempre mereceu acolhida. De há muito, jurisprudência, doutrina e o direito positivo do país atribuíram-lhe generosa largueza e extensão.

2. Sem embargo há, por sem dúvida, farta cópia de comportamentos administrativos que implicam, em suas repercussões, mudanças detrimen- tosas para o patrimônio de terceiros, sem com isto, entretanto, ensancharem a colo- cação em pauta do princípio da responsabilidade do Estado. E é razoável que assim seja. Frente a inúmeros comportamentos comissivos e múltiplos compor- tamentos omissivos do Poder Público seria inviável postular indenização, a des- peito da amplitude deste princípio. Exemplos podem ser colhidos aos racimos.

3. Cogitando de comportamentos da primeira espécie — comissivos — pense-se "*ad exemplum*", na medida de trânsito que orienta o fluxo de veículos em certo sentido, mediante sistema de mãos e contra-mãos, acarretando inten- sificação acentuada da circulação em dadas vias. Seu efeito é claramente des- valorizador dos imóveis residenciais sitos nas ruas que vêm a ser sobrecarrega- das. Pense-se na proibição de estacionamento de veículos em dadas vias, com

a conseqüente diminuição do afluxo de clientes às casas comerciais ali sediadas. O movimento econômico dos lojistas às vezes é, em decorrência disto, violentamente afetado.

Pense-se em providências econômicas que estimulam ou desestimulam certas operações comerciais ou ramos de exploração econômica. Em muitos casos seus efeitos são desastrosos para algum empreendedor.

Pense-se em obra pública cuja realização altera características ambientais da área, detonando conseqüências fatais para o sucesso econômico de algum comerciante estabelecido naquele ponto: um viaduto pode alterar a sorte de um local, dantes tranqüilo ou de acesso cômodo, liquidando com a vida econômica de uma casa de chá ou de um posto de gasolina, plantados em local sossegado que se converte em passagem movimentada ou barulhenta.

De logo, parece bem lembrar que RENATO ALESSI, em sua clássica monografia sobre a responsabilidade da Administração, averba com oportunidade que para suscitar engajamento do dever estatal de reparar *“a lesão deve ser, além de lesão da esfera econômica, lesão da esfera jurídica”* (Responsabilità della Pubblica Amministrazione, A. Giufrè Editore, 3.^a ed., 1955, pgs. 8 e 9).

4. Cogitando de comportamentos estatais de outra espécie — os omissivos — pense-se nos assaltos que alguém sofra em plena via pública ou na própria residência. O serviço público de segurança *“não funcionou”* ou *“funcionou tardiamente”* sem o que não teria ocorrido o dano sofrido pelo lesado. Inobstante o direito brasileiro acolha o princípio de que o Estado responde pela *“falta de serviço”*, na hipótese aventada não bastaria ocorrer o evento descrito para estar suscitada a responsabilidade pública.

5. As hipóteses cogitáveis — e são legião — revelam à sociedade que não é qualquer prejuízo relacionável com providência ou com omissão administrativa o quanto basta para pôr-se em jogo o cânone fundamental da responsabilidade do Estado.

II — A REGRA CONSTITUCIONAL SOBRE RESPONSABILIDADE

6. A norma suprema, reguladora da matéria entre nós, é o art. 107 da Carta Constitucional, cujo teor abrangente impõe, para boa inteligência, certo apuro de interpretação.

O dispositivo em apreço estatui:

“As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”.

Por que nos exemplos tirados a lume descaberia invocar precedentemente o versículo mencionado?

A dicção literal do referido preceptivo, para não conduzir a conclusões absurdas, incompatíveis com o significado da norma, reclama atento exame e traz implícita em seu bojo certas disquisições imprescindíveis.

Convém, pois, dissecá-la, para focalizar as diferentes questões nela contidas, de sorte a captar a real amplitude de seu comando.

III — A EXPRESSÃO “FUNCIONÁRIOS AGINDO NESSA QUALIDADE”

7. Segundo os termos do art. 107 da Lei Maior, a responsabilidade cogitada é a que resulta do comportamento de “*funcionários agindo nessa qualidade*”. Importa, de conseguinte, fixar a extensão do sentido, ali conferido, à palavra “*funcionários*” e a acepção comportada pelo explicativo — “*nessa qualidade*”.

8. É entendimento constante e corretamente sufragado pela doutrina e jurisprudência pátrias que a expressão “*funcionários*”, vasada no texto, não tem o sentido técnico-restrito que se lhe atribui em direito administrativo. Com o vocábulo pretendeu-se abranger, de modo geral, os agentes do Estado, sem atenção à sua específica forma de investidura. A palavra utilizada correlaciona a expressão *funcionário* com *função* pública. Foi tomada no seu sentido evocativo natural: função-funcionário. Daí que, no texto, seu alcance é o de indicar as pessoas que exercem função pública.

9. Hemos sustentado, de outra feita, e o reiteramos, que a expressão hospeda, portanto, também os concessionários e os delegados de função pública, enquanto na prática de comportamentos atinentes a ela. Por isso sob o rótulo funcionário, para os efeitos do artigo 107, estão contemplados, também, o gestor de negócios públicos, o requisitado, em suma: quem quer que desempenhe, conquanto eventual, episódica, ou transitoriamente, função própria do Estado.

10. O explicativo “*agindo nessa qualidade*” esclarece que não basta seja alguém “*funcionário*” para que o Poder Público assuma a responsabilidade por seus atos. Assumirá por alguns deles; não por todos. Assumirá a responsabilidade pelos atos que alguém pratica ou pôde praticar graças à circunstância de ser funcionário; graças ao desfrute de tal qualidade jurídica. É dizer: o Estado engaja-se no dever de reparar atos danosos que o funcionário causou porque esta situação jurídica de funcionário ensejou-lhe a prática do comportamento lesivo. Onde, não se exige que o agente esteja, à ocasião da atividade danosa, no exercício de uma atribuição funcional.

É necessário, mas também suficiente, que o ato lesivo lhe tenha sido proporcionado pela fruição da qualidade de agente público. Requer-se, pois, uma relação entre o autor do dano e o Poder Público, mas a relação reclamada é menos com a quantidade de poderes funcionais que lhe assistam do que com a oportunidade propiciada pela função.

IV — A RELAÇÃO CAUSAL ENTRE O AGENTE E O DANO

11. Outro ponto — e de suma importância — a ser analisado na dicção do artigo 107 concerne à relação entre o dano e seu produtor. Com efeito, o versículo em causa estabelece responsabilidade estatal pelos danos que seus funcionários *causem* a terceiros.

Neste passo, impende fixar a noção de “*causa*”, notadamente para distingui-la de “*condição*”.

Causa é o evento que *produz* um efeito. Causa é o ato que gera um resultado, que determina sua ocorrência. Não há confundi-la com a condição.

Condição é o evento cuja *ausência* permite a produção do efeito. É, pois, uma causa negativa. Vale dizer: a condição *não gera o efeito*, mas sua presença é impediante dele. Donde: sua *ausência permite a produção do efeito*.

Ora, o texto constitucional fala em dano causado pelo agente público. Daí que está a reportar-se a comportamento *comissivo* do Estado, pois só uma atuação positiva pode gerar, causar, produzir um efeito. Omissão pode ser uma condição para que *outro evento* cause o dano, mas ela mesma (omissão) não pode produzir o efeito danoso.

V — RESPONSABILIDADE POR ATO COMISSIVO E POR OMISSÃO

12. Da distinção entre causa e condição decorrem fundamentais conseqüências para a correta inteligência do artigo 107 do Texto Magno.

De acordo com ele, o Estado responderá pelos danos causados por seus agentes. Não exige que tais danos sejam causados ilicitamente. Não requer dolo ou culpa dos “*funcionários*”, satisfazendo-se com a circunstância de que hajam *causado* dano a terceiros. Daí que, em tal caso, a responsabilidade é objetiva. Com efeito: responsabilidade objetiva é aquela para cuja irrupção é suficiente a existência de nexos causal entre dado comportamento e o evento lesivo.

13. Em face do texto constitucional brasileiro, de conseguinte, há previsão de responsabilidade objetiva do Estado, mas, para que ocorra, cumpre que os danos, ensejadores de reparação, hajam sido *causados* por agentes públicos. Se não foram eles os causadores, se incorreram em omissão e adveio dano para terceiros, a causa lesiva é outra; não decorre do comportamento dos agentes. Terá sido *propiciada* por eles. A omissão haverá *condicionado* sua ocorrência, mas não a *causou*. Donde, não há cogitar, neste caso, da responsabilidade objetiva.

14. Logo, se é bastante a mera relação *objetiva* entre a atuação do agente e a lesão para responsabilizar-se o Estado, cumpre, todavia, que esteja em pauta um comportamento *comissivo*, vez que sem ele jamais haverá "*causa*".

Quando o Estado se omite e graças a isto ocorre um dano, este é causado por outro evento e não pelo Estado. Ergo, a responsabilidade aí não pode ser objetiva. Cumpre que exista um elemento a mais para responsabilizá-lo. Deveras, não se haveria de supor, ao menos em princípio, que alguém responda pelo que não fez — salvo se estivesse, de *direito, obrigado a fazer*.

15. Eis, pois, que o Estado só responde por omissões quando deveria atuar e não atuou; vale dizer: quando *descumpre o dever legal de agir*; em uma palavra: quando se comporta *ilicitamente* ao abster-se.

A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. É *responsabilidade subjetiva*, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa *anônima* ou "*faute de service*" dos franceses, entre nós traduzida por falta de serviço.

16. É dispensável localizar-se, no Estado, quem especificamente descumpriu o dever de agir, omitindo-se propositadamente ou apenas por incúria, por imprudência, ao negligenciar a obrigação de atuar e atuar tempestivamente. Cumpre tão só que o Estado estivesse obrigado a certa prestação e faltasse a ela, por descaso, por imperícia, ou por desatenção no cumprir seus deveres, para que reponte a responsabilidade pública em caso de omissão.

17. Outro não poderia ser o entendimento atinente à responsabilidade por *falta de serviço*, pena de conduzir a absurdas conclusões. É que ao Estado, em tese, cumpriria prover a tudo quanto interessa à sociedade. Teoricamente, dele se esperam todas as providências capazes de defender o bem-estar da coletividade e dos indivíduos. Então, ante a imensa maioria de eventos lesivos, sempre seria possível ao lesado reclamar da omissão estatal e postular indenizações. E o faria, ora por *comportamentos de terceiros* não obstados pelo Estado, quais assaltos em praças e vias públicas, por exemplo, ora por *atos da natureza* que não foram prevenidos pelo Estado, como alagamentos oriundos de chuvas violentas e inundações de rios aos quais não se providenciou retificação ou canalização. É bem de ver que deferir tais pretensões é materialmente inviável, sobre não encontrar apoio razoável no artigo 107 da Carta Constitucional.

18. É comum, todavia, encontrar-se tanto na doutrina preponderante quanto na generalidade dos pronunciamentos judiciais a afirmação de que, por força do artigo 107 do Texto Constitucional, a responsabilidade do Estado é objetiva, sem fazer acepção entre os atos comissivos e os atos omissivos. En-

tretanto, impende convir que se o dispositivo em pauta convida a tal inteligência, só o faz com relação aos danos *causados* pelos agentes públicos. Não com respeito aos danos que por eles *não foram causados*; como os provenientes de incêndio, de enchentes, de danos multitudinários, de assaltos ou agressões que alguém sofra em vias e logradouros públicos etc.

19. Em casos que tais, o sinistro ou a violência lesiva são causados por um fator agente estranho ao Estado. A omissão do Estado em debelar o incêndio, em prevenir as enchentes, em conter a multidão, em obstar o comportamento injurídico de terceiro, terá sido *condição* da ocorrência do dano, mas causa não foi.

Nestas situações, a ação do Estado *impossibilitaria* o dano, mas é certo que não o causou. Não se poderia dizer que a abstenção ou morosidade do Poder Público produziu o evento lesivo, mas tão só que deu azo a que ocorresse. Então, a responsabilidade do Estado será subjetiva. Logo, só cabe se tiver havido *descumprimento de um dever jurídico* estatal. Por inércia, morosidade ou ineficiência, quando *devia* legalmente ser atuante, solerte, eficiente. Daí que terá lugar quando o Poder Público foi omissivo ou ineficiente, inobstante a existência de um dever jurídico de atuação e segundo os limites de eficiência *normais*.

20. Não há resposta "*a priori*" quanto à normalidade da eficiência. Cabe indicar, no entanto, que será apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, econômico, cultural, isto é, das possibilidades *reais*, médias, dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.

Como indicio dessas possibilidades reais, há que levar em conta o procedimento do Estado em casos análogos e o nível de expectativa comum da sociedade (não o nível de aspiração) bem como o nível de expectativa do próprio Estado em relação ao serviço increpado de omissivo, insuficiente ou inadequado. Este último nível de expectativa é sugerido, entre outros fatores, pelos parâmetros da lei que o instituiu e regula, pelas normas internas que o disciplinam e até mesmo por outras normas das quais se possa deduzir que o Poder Público, por força delas, obrigou-se, indiretamente, a um padrão mínimo de aptidão.

Por exemplo: se o Poder Público licencia edificações que alcançam determinada altura não poderá deixar de ter, no serviço de combate a incêndios e resgate dos sinistrados, meios de acesso compatíveis, tais escadas de altura suficiente para alcançá-la. Se o Poder Público despoja os internos em certo presídio de quaisquer recursos que lhes permitam atentar contra a própria vida não poderá eximir-se da responsabilidade pelo suicídio de algum ou alguns a respeito dos quais omitiu-se na adoção de igual cautela.

21. Em síntese: se o Estado devendo agir por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente cabe responsabilidade por culpa do serviço (falta de serviço). Não o socorre eventual incúria em ajustar o serviço aos padrões

de eficiência *normais*, possíveis, segundo os termos dantes apontados. Contrariamente, a impossibilidade de atuar ou de atuar de forma suficiente para obstar o dano absolve-o de responsabilidade.

22. Só exame concreto dos casos ocorrentes poderá indicar se o serviço funcionou abaixo do padrão a que estaria adstrito por lei. Donde, nos casos de omissão, o engajamento da responsabilidade estatal depende de que a falha seja dolosa ou culposa. Cumpre que o Estado, ante um caso de atendimento possível, por inerente ao serviço legalmente instituído, haja se revelado, pelo menos, negligente, desidioso, imprudente ou imperito. É dizer: impende que haja descumprido o dever legal de oferecer a prevenção do dano que seria possível ante as possibilidades de um serviço organizado normalmente.

23. É óbvio que nem todos os serviços estatais podem ser tão perfeitos que estejam em condições de acobertar todos os administrados contra todos os riscos que a vida coletiva enseja. Eis por que descabe responsabilizar o Estado pela omissão em prevenir quaisquer inundações, incêndios ou assaltos.

A responsabilidade só irromperá se for demonstrável que a falta de serviço decorreu, não das contingências inerentes à limitação normal de um serviço de segurança, mas à incúria, ao desmazelo, à imperícia de seus agentes. Seria o caso, "*verbi gratia*", de haver-se solicitado socorro policial, ante indícios da iminência de um assalto (como, por exemplo, estarem tipos suspeitos a rondar a casa), e a polícia se omitir em enviar com presteza a proteção pedida.

24. Logo, em matéria de responsabilidade estatal, por omissão, há que aplicar a regra constante da 2.^a parte do artigo 15 do Código Civil, segundo o qual:

"As pessoas jurídicas de direito público são responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem dano a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei".

25. Assiste, pois, integral razão ao prof. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, quando esclarece:

"A responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados" ("Princípios Gerais de Direito Administrativo", Editora Forense, vol. II, 1978, pág. 487).

VI — A CULPA PRESUMIDA

26. A adoção do princípio da *culpa presumida* do Poder Público, em numerosíssimos casos de responsabilidade estatal por omissão, não desnatura

seu caráter de responsabilidade subjetiva por omissão ilícita, pois, em tal hipótese o que ocorre é apenas inversão do ônus da prova.

27. A vítima fica dispensada da demonstração de culpa do Estado, bastando estabelecer que ocorreu falta de serviço ou tardio funcionamento dele, inobstante existisse o dever legal de sua prestação. Ao Estado, para eximir-se da responsabilidade, caberia demonstrar que a omissão ou demora inoocorreu por negligência, imprudência, descaso ou imperícia. É dizer, que se comportou dentro dos limites normais de possibilidade e em função das possibilidades normais irrogáveis ao Poder Público em certo meio e época, diante das peculiaridades do caso concreto.

28. Se a responsabilidade fora objetiva seria inútil arguir a licitude do comportamento estatal ou o zelo porventura demonstrado pelo Estado. A ausência de culpa ou dolo não o escusaria do dever de indenizar.

29. A culpa presumida, embora elidível por demonstração do Estado, é de se admitir, por via de interpretação, na maioria das hipóteses.

Com efeito, esta solução se impõe por ser fórmula sem a qual tornarse-ia difícil a responsabilização do Estado em grande número de casos e até quase impossível em outros tantos. Ora, quem quer os fins não nega os correspondentes meios. Se a ordem jurídica quer a responsabilidade do Estado nos casos de mau funcionamento do serviço, há de se concluir que não a quer apenas nominalmente, mas efetivamente. Ocorre que demonstrar que um serviço funcionou segundo padrões inferiores aos que se poderia razoavelmente esperar é tarefa assaz de vezes insuperável. Exigiria um conhecimento profundo e completo da intimidade da máquina administrativa, de seus meandros, de sua organização interna, de suas possibilidades, de seus recursos, de suas regras e ordens de serviço intestinas, o que é, na prática, impossível.

Por isso, ao Estado incumbe fazer demonstração de que não teve culpa, vale dizer, de que não desatendeu às prescrições existentes e de que esgotou os meios plausíveis para enfrentar corretamente uma dada situação na qual, a despeito de tudo, foi superado por dificuldades invencíveis que não lhe permitiram obstar o evento lesivo.

30. É, certamente, a intuitiva percepção de que o ônus da prova (excludente de culpa e pois da responsabilidade) cabe ao Estado, o que concorre para supor-se, inadvertidamente, que nestes casos existe responsabilidade objetiva do Poder Público. Com efeito, há um implícito reconhecimento de que ao lesado basta demonstrar uma correlação entre a insuficiência da ação do Estado e o dano sofrido. Daí para concluir-se pela responsabilidade objetiva é um passo — embora um mau passo em termos de interpretação jurídica. É que se o Estado demonstra que não procedeu de modo contrário ao direito, se

prova que não foi negligente, imprudente ou imperito, em suma, se evidencia que o serviço não funcionou mal ou tardiamente ante as possibilidades razoáveis, exime-se da responsabilidade.

31. Assim, para reiterar exemplo já mencionado, descabe responsabilidade do Estado pelos danos patrimoniais de um indivíduo furtado por batedor de carteiras ou mesmo roubado por um assaltante. Claro está que se houvera um serviço de segurança “perfeito”, o dano não ocorreria. Se a responsabilidade fora objetiva nestes casos omissivos, bastaria referir que a presença de um serviço policial impecável teria impedido o evento lesivo. Em outras palavras: dar-se-ia por existente uma correlação (concebida como nexó causal) entre a omissão do Estado e o dano sofrido. E de nada valeria ao Estado provar que a proteção desejada estava além de toda possibilidade razoável, vez que o assunto quedaria ao largo de qualquer indagação relacionada com negligência, imprudência ou imperícia tipificadoras da culpa. Ninguém em sã consciência admitiria, entretanto, responsabilização do Estado em hipóteses quejandas. Todos a admitiriam, reversamente, se existindo autoridades policiais avizinhas do evento assistissem impassíveis a um assalto a uma residência ou a um transeunte em via pública ou estivessem desarmados e impotentes para impedi-lo. Por quê?

Porque em nenhum destes casos aventados a responsabilidade do Estado é objetiva. Porque não há nexó de causalidade entre o dano e a omissão estatal ou deficiência no funcionamento do serviço. O agente do dano é um terceiro. A omissão ou a ineficiência do serviço é apenas condição do fato lesivo e nestas hipóteses a responsabilidade advém da negligência, da imperícia ou da imprudência, ou seja da culpa (ou eventualmente de dolo). Daí que a inexistência da culpa — procedimento contrário ao direito — exclui nestes casos de omissão a responsabilidade estatal, ao passo que a existência dela impõe tal responsabilidade. Se a responsabilidade fora objetiva a demonstração de ausência de culpa em nada beneficiaria o Estado.

VII — O FATO LESIVO

32. O evento lesivo tanto pode consistir em (a) *fato da natureza*, como em (b) *comportamento humano material*, de agente público ou de um terceiro, quanto, ainda em (c) *ato jurídico* praticado pelo Poder Público.

33. Nos casos de responsabilidade estatal *por omissão*, consoante visto, a ocorrência danosa será sempre produto direto de *um evento alheio à Administração*.

Então, às vezes, o evento danoso consistirá em um *fato de natureza* cuja lesividade a terceiro o Poder Público não obsteu, embora *pudesse e devesse* fazê-lo. Sirva de exemplo o alagamento de casas, lojas ou depósitos, por força de águas pluviais que não escoaram por omissão do Poder Público em limpar os bueiros e galerias que lhes dariam vazão.

Outras vezes, o fato danoso consistirá em *comportamento material de terceiros* cuja atuação lesiva não foi impedida pelo Poder Público, inobstante *pudesse e devesse* fazê-lo. Cite-se, "*exempli gratia*", o assalto a alguém, processado diante de agentes policiais inertes, desidiosos.

34. Nos casos de responsabilidade estatal *por comportamento comissivo*, o evento danoso, como é óbvio, será fruto da própria atuação do Estado.

Por vezes consistirá em *comportamento material de um agente público*, "*verbi gratia*", na colisão de veículo, dirigido por servidor do Estado, contra uma residência, um automóvel etc.

Outras vezes consistirá em *ato jurídico* do Estado, como, por exemplo, na ilegal proibição de venda de dado produto ou da circulação de certo número de uma revista, etc.

35. É de observar que no caso de comportamentos estatais *comissivos*, a responsabilidade pública não depende de que seja ilícita a atuação do Poder Público. Vale dizer: a responsabilidade tanto pode derivar de atuação *ilícita* como de atuação *lícita*, pois trata-se de responsabilidade objetiva.

Portanto, a reparabilidade do dano não se relaciona — como se verá no tópico seguinte — com a qualificação da conduta lesiva (lícita ou ilícita) mas com a qualificação jurídica do dano, vale dizer, daquilo que foi lesado.

Por isso, incumbe ao Estado indenizar os proprietários vizinhos de uma via elevada, construída com todas as cautelas técnicas e em atuação legítima, quando, por força dela, resultar, para os edifícios *lindeiros*, insuficiência de iluminação, devassamento da intimidade dos apartamentos, ruídos excessivos, carga poluidora intensa etc. Estas inevitáveis conseqüências da obra, e do trânsito de veículos que abriga, reduzem sensivelmente o valor dos edifícios afetados, pois criam situação muito gravosa para utilização deles.

Outrossim, a destruição de um imóvel para circunscrever incêndio deflagrado em outro prédio e coibir iminente risco de que se alastre, embora medida legítima, às vezes requerida pelas circunstâncias, impõe ao Estado o dever de indenizar o proprietário do bem demolido.

36. Vê-se, pois, que ao contrário da responsabilidade por atos omissivos, a qual supõe ilicitude na omissão, proveniente de culpa ou dolo no descumprimento de dever, na responsabilidade por ato comissivo o evento lesivo pode consistir em comportamento lícito.

VIII — O DANO INDENIZÁVEL

37. O art. 107 da Carta Constitucional responsabiliza o Estado por *danos* causados a terceiros. Inobstante, já se registrou, na introdução deste estudo, que não é qualquer dano, relacionável com os comportamentos comissivos ou omissivos do Estado, que dá margem à indenização.

38. Para que nasça o dever público de indenizar é mister que o dano apresente certas características.

a) A primeira delas, é que o dano corresponda a *lesão a um direito da vítima*. Quem não fere direito alheio não tem porque indenizar. Ou, dito pelo reverso: quem não sofreu gravame em um direito não tem título jurídico para postular indenização. Isto é, importa, como disse ALESSI, dantes citado, que o evento danoso implique ademais em lesão econômica, lesão jurídica.

39. Não há confundir decréscimo patrimonial, dano econômico, com dano em Direito.

O primeiro é qualquer prejuízo sofrido por alguém, inclusive por ato de terceiro, consistente em uma perda patrimonial que elide total ou parcialmente algo que se tem ou que se terá.

O segundo, ademais de significar subtração de um bem ou consistir em impediente a que se venha a tê-lo, atinge bem a que se faz jus. Portanto, afeta o direito a ele. Incide sobre algo que a ordem jurídica considera como pertencente ao lesado.

40. Logo, o dano assim considerado pelo Direito, o dano ensanchador de responsabilidade, é mais que simples dano econômico. Pressupõe sua existência, mas reclama, além disso, que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito.

41. Não basta para caracterizá-lo a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Importa que se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja garantindo-o como um direito do indivíduo.

Por isso a mudança de uma escola pública, de um museu, de um teatro, de uma biblioteca, de uma repartição, podem representar para comerciantes e profissionais instalados em suas imediações, evidentes prejuízos, na medida em que lhes subtrai toda a clientela natural derivada dos usuários daqueles estabelecimentos transferidos. Não há dúvida que os comerciantes e profissionais vizinhos terão sofrido um dano patrimonial, inclusive porque o “*ponto*” ter-se-á dessarte desvalorizado. Mas não haverá dano jurídico.

Pela mesma razão não configura dano jurídico o dano econômico sofrido pelos proprietários de residências sitas em bairro residencial que se con-

verte, por ato do Poder Público, em zona mista de utilização. Não haverá negar a deterioração do valor dos imóveis de maior luxo. A perda da tranquilidade e sossego anteriores tem reflexos imediatos na significação econômica daqueles bens, mas inexistia direito à persistência do destino urbanístico precedentemente atribuído àquela área da cidade.

42. Não se deve supor que nos casos referidos descabe indenização por serem lícitos os comportamentos causadores do dano. Já se mencionou que há responsabilidade estatal tanto por atos ilícitos quanto por atos lícitos.

No caso de comportamentos comissivos, a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (ilícita ou lícita) mas pela qualificação da lesão sofrida. Isto é, a juridicidade do comportamento danoso não exclui a obrigação de reparar se o dano consiste em extinção ou agravamento de um direito.

43. Onde, ante *atuação lesiva do Estado* o problema da responsabilidade resolve-se no lado passivo da relação, não no lado ativo dela. Importa que o dano seja ilegítimo — se assim nos podemos expressar —; não que a conduta causadora o seja.

Daí que nas hipóteses focalizadas inexistente responsabilidade por inexistir agravo a um direito, isto é, porque foram atingidos apenas interesses econômicos, embora também eles lícitos (mas sem possuírem a consistência de direitos ou sequer dos chamados “*interesses legítimos*”, da doutrina italiana).

44. No direito brasileiro não se faz distinção entre *direito* e o *interesse legítimo*, cogitado no direito italiano. Entre nós, a expressão *direito* é usualmente reconhecida com amplitude suficiente para abranger também aquilo que na Itália receberia apenas a titulação de interesse legítimo. Onde, entre nós, basta referir, que o dano para ser indenizável necessita amesquinhar ou extinguir um direito.

45. Há ainda outro traço necessário à qualificação do dano.

b) Para ser indenizável cumpre que o dano, ademais de incidente sobre um direito, seja *certo*, vale dizer, não apenas eventual, possível. Tanto poderá ser atual como futuro, desde que certo, real.

Nele se engloba o que se perdeu e o que se deixou de ganhar (e se ganharia) caso não houvesse ocorrido o evento lesivo.

46. Estes dois caracteres do dano são indispensáveis, *em qualquer caso*, para que surja responsabilidade do Estado.

Além disso são suficientes — quanto à categorização do dano — para ensejar a responsabilidade estatal em certos casos: nos de lesão por *comportamentos ilícitos*, quer sejam atos ou fatos, comissivos ou omissivos.

47. Reversamente, são necessários, mas não bastantes para caracterizar dano reparável, nos casos de responsabilidade estatal por comportamentos *lícitos*, vale dizer, atos ou fatos comissivos (porque nos comportamentos omissivos a responsabilidade depende da ilegitimidade da omissão).

A configuração do dano reparável na hipótese de comportamentos estatais lícitos requer que ademais da *certeza* do dano e da *lesão a um direito* cumulem-se as seguintes duas outras características: *especialidade* e *anormalidade*.

48. Dano *especial* é aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico, disseminado pela sociedade. Corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos e não sobre a coletividade ou genérica e abstrata categoria de pessoas.

Por isso não estão acobertadas, por exemplo, as perdas de poder aquisitivo da moeda decorrentes de medidas econômicas estatais inflacionárias.

49. Dano *anormal* é aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social. A vida em sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais. São pequenos ônus que não configuram dano anormal.

Por esta razão descabe responsabilidade do Estado pela simples intensificação da poeira, numa via pública objeto de reparação, inobstante tal fato provoque, como é natural, deterioração mais rápida da pintura dos muros das casas adjacentes. Idem com relação à transitória interrupção da rua, para conserto de canalizações, cujo efeito será obstar o acesso de veículos às casas de seus proprietários, o que os obrigará, eventualmente, ao incômodo de alojá-los em outro sítio, com possíveis despesas geradas por isto.

IX — SÍNTESE

50. Cabe, depois do exposto, sumular as questões abordadas:

a) A responsabilidade do Estado no direito brasileiro é ampla. Inobstante, não é *qualquer* prejuízo patrimonial relacionável com ações ou omissões do Estado que o engaja na obrigação de indenizar;

b) A responsabilidade do Estado relaciona-se tanto com ações quanto com omissões de seus funcionários, nessa qualidade;

- c) Funcionário, para estes efeitos, é a pessoa investida em função pública, ainda que transitória ou eventualmente;
- d) Considera-se, para fins de responsabilização, que o funcionário atuou nessa qualidade, quando foi a função pública que lhe deu ocasião para a prática do comportamento danoso;
- e) Cumpre distinguir a responsabilidade do Estado por comportamentos comissivos da responsabilidade por comportamentos omissivos;
- f) Quando o comportamento lesivo é comissivo os danos são *causados* pelo Estado. Causa é o evento que produz certo resultado. O artigo 107 da Carta Constitucional estabelece que o Estado responde pelos danos *causados*;
- g) No caso de dano por comportamento comissivo a responsabilidade do Estado é *objetiva*. Responsabilidade objetiva é aquela para cuja irrupção basta o nexa causal entre a atuação e o dano por ela produzido. Não se cogita de licitude ou ilicitude, dolo ou culpa;
- h) Quando o comportamento lesivo é omissivo os danos não são causados pelo Estado, mas por evento alheio a ele. A omissão é *condição* do dano, porque propicia sua ocorrência. Condição é o evento cuja ausência enseja o surgimento do dano;
- i) No caso de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é *subjetiva*. Responsabilidade subjetiva é aquela cuja irrupção depende de procedimento contrário ao direito, doloso ou culposo;
- j) O Estado responde por omissão quando *devendo* agir não o fez, incorrendo no ilícito de deixar de obstar aquilo que podia impedir e estava obrigado a fazê-lo;
- k) O fato danoso pode consistir em *fato da natureza* cuja lesividade o Estado não obistou embora devesse obstá-lo ou em *comportamento material de alguém* lesivo a outrem cuja lesividade o Estado devia impedir e não o fez. Em ambos os casos responde pela negligência, imprudência, imperícia ou dolo pela omissão;
- l) O fato danoso pode também consistir em *comportamento material* ou *comportamento jurídico de agente público* que lesa o patrimônio juridicamente protegido de alguém. Ditos comportamentos podem ser lícitos ou ilícitos;
- m) Para ensejar responsabilidade estatal e ser reparável cumpre que o dano *afete direito de alguém* e seja *certo*;

n) Para configurar-se a responsabilidade do Estado por atos ilícitos basta que o dano reúna os dois caracteres apontados;

o) Para configurar-se responsabilidade do Estado por atos lícitos cumpre que o dano ademais de certo e opressivo de um direito seja ainda *especial* e *anormal*.

A FEDERAÇÃO BRASILEIRA

MICHEL TEMER

**Professor de Direito Constitucional
na Universidade Católica de São
Paulo. Procurador do Estado.**

I — CONCEITO DE FEDERAÇÃO

1. Federação, de *foedus, foederis*, significa aliança, pacto, união. Pois é da união, da aliança, do pacto entre Estados que ela nasce.

Que espécie de pacto? Que gênero de aliança? Qual a natureza dessa união?

Eis questões que só podem ser solucionadas à vista da intelecção de idéias tais como a centralização e a descentralização política e administrativa.

A centralização ou seu oposto, a descentralização, podem ser de natureza administrativa ou política.

Assim, ao buscar a satisfação do interesse público, o Estado instrumenta-se de forma que lhe permita o atingimento daquele ideal. Ao fazê-lo, poderá prestar serviços por maneira directa, sem que haja qualquer deslocação do desempenho dessas funções para outro centro ou, ao contrário, permitindo o seu desenvolvimento por outros núcleos. Na primeira hipótese temos a centralização administrativa; na segunda, a descentralização administrativa. No primeiro caso tem-se um só centro titular das prerrogativas, competências e deveres públicos de natureza administrativa; no segundo, tem-se vários centros senhores de tais prerrogativas, competências e deveres. Se tal figuração ocorre no Estado, seja a centralização, seja a descentralização administrativas, não se cogita de Federação. É preciso dar mais alguns passos. É preciso atingir a idéia de centralização e descentralização política.

2. Descentralizar implica a retirada de competências de um centro para transferi-las a outro, passando elas a ser próprias do novo centro. Se se fala em descentralização administrativa quer-se significar a existência de novos centros administrativos independentes de outros. Se a referência é a descentralização política, os novos centros terão capacidade política. Mas o que significa ser capaz, politicamente? É ter a possibilidade de estabelecer comandos normativos sobre assuntos de sua competência. Quem é que fixa tais competências? Poderão ser tanto o legislador ordinário como o constituinte. Isso leva à convicção de que a descentralização política pode operar-se tanto a nível constitucional como a nível de legislação infra-constitucional. A centralização política importa a existência de centro único emanador de comandos normativos e, por isso mesmo, de sede exclusiva de competências. A descentralização política significa a realidade de várias pessoas (entendidas como centros de imputação de direitos e deveres) investidas da função de dizer, por meio de regras gerais e abstratas, sobre tudo o que importe a uma coletividade e que configuram as suas competências. Quer dizer: os comandos reguladores da atividade de uma pessoa não vem de fora dela, mas dela própria. Ser capaz politicamente é, em síntese, ter capacidade legislativa.

Na centralização política um único centro tem capacidade legislativa. Na descentralização política vários núcleos têm tal capacidade.

Importa bastante a descentralização política. Convém defini-la corretamente, como o fez CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: "o regime no qual, dentro de um único sistema jurídico global, as capacidades políticas são distribuídas entre diferentes pessoas jurídicas"¹.

Diante da centralização política, diz-se que o Estado é Unitário. E em face da descentralização política? Estaremos diante de outra forma de Estado? A descentralização, por si, não é suficiente para mudar a fisionomia do Estado Unitário, venha estabelecida na Constituição ou fora dela, na lei comum.

Explica-se melhor: existindo centro único dotado de capacidade legislativa, pode ele, por meio de lei, conferir a várias circunscrições territoriais determinadas competências atribuindo-lhes, também, capacidade legislativa. Quem delega competências pode fazer cessar a delegação. Basta a superveniência de legislação revogadora. Tudo depende da vontade do órgão central. De outra forma, ainda, podem estar divididas as competências: a Constituição as reparte entre um órgão central e vários regionais. A repartição competencial não demanda o desejo do órgão legislativo central; ao contrário, este nada pode fazer para retirar os negócios entregues a corpos regionais porque a divisão é realizada pelo constituinte.

3. Numa outra hipótese, a descentralização não permite supor a Federação. O Estado será, ainda assim, Unitário. Costuma-se dizer, no particular, que se está diante de Estado Unitário fortemente descentralizado.

1. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta", Ed. Revista dos Tribunais, pág. 8.

KELSEN cuidou do tema. Disse que “idealmente, uma comunidade jurídica centralizada é aquela cujo ordenamento consta única e exclusivamente de normas jurídicas que valem para todo o território do Estado, enquanto uma comunidade jurídica descentralizada é, idealmente, aquela cujo ordenamento consta de normas que apenas vigoram para domínios (territoriais) parcelares. Dizer que uma comunidade jurídica se desmembra em regiões ou parcelas territoriais, significa que todas as normas ou apenas certas normas deste ordenamento apenas vigoram para territórios parcelares. Neste último caso, a ordem jurídica que constitui a comunidade jurídica é integrada por normas com diferentes âmbitos espaciais de validade”².

Para o jusfilósofo de Viena o Estado é concebido como um sistema de normas vigentes em certo tempo e em certo local. Por isso, a divisão do Estado em circunscrições territoriais só tem significado para o Direito se vier acompanhada de um parcelamento da ordem jurídica, dado que a divisão física “é um problema especial do domínio espacial de validade das normas que formam a ordem estadual”³. É integral a razão do asserto que convalida o quanto já se afirmou.

4. Vigorante a descentralização política há, ainda assim, a necessidade de unidade jurídica do todo: um ponto central e vários regionais. Assim é que se tem o Estado, dado que a simples ligação de ordens jurídicas parciais por um liame que não perfaça unidade impede falar-se em ordem estatal. Por isto KELSEN alude a “comunidade jurídica” integrada por normas vigentes em domínios parcelares. Abrigada a descentralização política convivem num mesmo território a ordem jurídica global e as ordens jurídicas parciais. Tudo por meio de repartição de atribuições entre tais ordenações. É importante o afirmado que permite sustentar que a Confederação de Estados não é “forma de Estado” pois sobre o território compreendido pelas ordens jurídicas contratantes não incide normatividade global, partida de sede legislativa, mas cada qual delas submete-se a normação própria.

5. Tais considerações trazem à baila as idéias de soberania e autonomia. Aquela é nota caracterizadora do Estado na ordem internacional; esta é peculiarizadora de Estado cuja ordem jurídica é dividida em domínios parcelares. Interessa, a última, à ordem interna, não à externa.

Soberania é fenômeno ligado à idéia de “poder”, de autoridade suprema. Funciona como unificadora de uma ordem. Daí a concepção kelseniana segundo a qual ela é a expressão da unidade de uma ordem. Esta ordem unificada, por sua vez, é que se apresenta aos demais Estados. A estes importa, tão somente, a existência dessa ordem jurídica global. É esta a reconhecida, ou

2. HANS KELSEN, “Teoria Pura do Direito”, fls. 419, Armelo Amado Editor, 3.^a edição.

3. op. cit., fls. 417.

desconhecida, internacionalmente. Esta fisionomia externa do Estado é figurada pela soberania. Ela faz com que, no plano jurídico, inexistam Estados maiores ou menores, fortes ou fracos, mais ou menos importantes. Iguala-os a todos. Pois, em nível externo, não reconhece nenhum poder superior ao seu. Reconhece-os iguais. Admite, pois, os demais Estados. Ou seja, entevê neles a soberania.

DALMO DE ABREU DALLARI⁴ aponta a concepção política e a jurídica de soberania. Politicamente, é concebida como o poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar as competências. Juridicamente, é o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, ou seja, sobre a eficácia do direito. Daí se deduz, como linhas antes se salientou, ser cada Estado senhor de sua conduta. Juridicamente, nenhuma ordem externa pode ditar comandos sobre seus misteres. Não há confundir interferência de natureza política, econômica — que, muita vez, pode modificar a ordem jurídica — com injunções de feição jurídico.

Firme-se — por indispensável a este estudo — as características de unidade e indivisibilidade da soberania. Os Estados a vislumbram de forma global e não de maneira parcelada. É a unidade, é o todo, que importa, não a parte, a fração. Donde se vê que para efeitos exteriores tanto faz se o Estado descentraliza, ou não, a sua atividade legislativa, se reparte, ou não, as competências por espaços parciais. Vale dizer: se descentraliza, ou não, a atividade política. O Estado é uma unidade jurídica. Fornece-a a soberania.

6. Concepção diversa é a de autonomia. Seu valor reside na visão interior que se tem do Estado. É o encaixe das várias peças componentes da ordenação jurídica global que lhe dá significado. Repita-se que a autonomia comporta graduação. Se ela vai ao ponto de criação de diversos núcleos capazes de dizer a respeito de atribuições próprias, ou seja, com aptidão para inovar a ordem jurídica sobre aquela matéria, tem-se a autonomia política. Se, ao contrário, o novo centro pode apenas *executar* o estabelecido por outro núcleo, original, encontra-se a autonomia administrativa. Naquela o grau autônomo é máximo; nesta é mínimo.

7. Em face da idéia de *soberania* ressalta a concepção da unidade estatal. Por isso, no plano internacional não tem relevo o saber se a forma de Estado é federal ou unitária. Diante da idéia de *autonomia*, a importância da distinção é inquestionável. É que ela só se encontra onde tiver sede a descentralização política (grau máximo), geradora de domínios parcelares da ordem estatal que, reunidos, formam a unidade. E as relações entre tais domínios é um dos pontos em que se assenta o conceito de Federação. Sem a descentra-

4. DALMO DE ABREU DALLARI, "Elementos de Teoria Geral do Estado", pág. 79, Ed. Saraiva, 1972.

lização política não há como falar-se nesta forma estatal. E é preciso que a divisão aludida tenha sido prevista no texto constitucional. A simples divisão de competências entre várias ordens parciais, feita em nível de lei comum, jamais será elemento caracterizador da Federação porque aquele que as conferiu poderá retirá-las sem qualquer empenho superior.

8. Em síntese; a descentralização política fixada na Constituição é fator indicativo da existência de Estado federal.

Não é o definitivo, contudo. Vários outros devem somar-se para fornecer o conceito adequado do objeto deste estudo. Entre eles, a *participação das vontades parciais na vontade geral*. Ou seja: cada qual das unidades federadas deve participar, com sua manifestação, da vontade federal. Assim ocorrendo, as deliberações do órgão federal constituem, em verdade, a suma das decisões emanadas das vontades locais. Essas deliberações são tomadas por meio de órgão representativo das unidades federadas. Atribui-se-lhe, costumadamente, o nome de “senado federal”⁵.

É comum, nas Federações, a coexistência de duas Câmaras: a dos representantes do povo e a dos representantes das unidades federadas. A primeira — que no nosso sistema é a Câmara dos Deputados — tem a sua representação vinculada ao critério populacional ou ao do número de eleitores. Adotamos o critério populacional. Conseqüência: os Estados federados mais populosos ou com maior número de eleitores têm maior número de representantes. Melhor dizendo: habitantes da unidade federada (se o critério é o populacional) ou os eleitores dela possuem maior representação na Casa Legislativa, enquanto persistir aquele número no Estado. Se os habitantes de um Estado ou os seus domiciliados eleitores (dependendo do critério adotado pelo constituinte) se deslocarem para outra unidade da Federação serão sempre estes que terão representantes e, por conseqüência, o Estado que os abrigar, em razão do aludido afluxo, mandará à Câmara dos Deputados maior número de mandatários.

Resulta que o intento do constituinte federal é fazer dessa Câmara a representante da população ou do povo⁶. Temeroso, entretanto, que tais mandatários passassem a defender e postular tão somente pelos interesses do seu Estado, estabelece-se, nas Federações, um órgão assegurador do equilíbrio dos

5. CELSO BASTOS chama a atenção para a desnecessidade da expressão aditiva “federal” porque sendo “senado” só pode referir-se à Federação (“Curso de Direito Constitucional”, fls. 101, Ed. Saraiva, 1978).

6. População é conceito meramente demográfico, colhido da geografia humana. Povo é expressão extraída do Direito: é o conjunto de cidadãos, sendo tais aqueles que a lei assim define. Se o constituinte toma como fator de proporção para ter assento na Câmara dos Deputados, o populacional, está dando determinado valor jurídico aos estrangeiros e apátridas residentes no país; se o fator de proporção é o do número de eleitores está valorando juridicamente apenas os integrantes do povo daquela Federação, mais precisamente, aqueles titulares da cidadania ativa. Este é o significado da proporcionalidade em relação à população ou ao número de eleitores.

interesses federativos. Daí a instituição de outra Câmara onde têm assento apenas os representantes dos Estados. Tal representação é paritária. Cada unidade da Federação elege, escolhe, nomeia, o mesmo número de representantes. Os membros dessa Casa participam do processo de elaboração das leis (decisões da Federação para o todo estatal). Por isto, influem com a sua manifestação regional na manifestação geral. Assim, tanto o povo como as unidades federadas, enquanto pessoas jurídicas de direito público interno, tomam parte ativa na condução dos negócios federais.

9. Verifica-se, pois, que duas notas são essenciais à caracterização federal: a) descentralização política fixada na Constituição (ou, então, *repartição constitucional de competências*) e b) participação da vontade das ordens jurídicas parciais na vontade criadora da ordem jurídica nacional.

As ordens jurídicas parciais são chamadas Estados ou Províncias (Argentina) ou Cantões (Suiça) ou Lander (Alemanha).

10. Se estes requisitos são indispensáveis para a *caracterização* da Federação, dois outros colocam-se necessários para a sua *manutenção*. São eles: a) a rigidez constitucional e b) a existência de um órgão constitucional incumbido do controle da constitucionalidade das leis.

11. Vejamos o primeiro deles. Somente subsiste o Estado federal onde o processo de modificação da norma constitucional é mais complexo do que o previsto para alteração ou revogação da norma ordinária. Se o processo é o mesmo, a Constituição é flexível. Em face da flexibilidade, o legislador ordinário (não constituinte) alteraria livremente os comandos constitucionais, inclusive os referentes à Federação para retirar-lhes a eficácia, transmutando o Estado para a forma unitária.

Mas não basta, por outro lado, a rigidez. É preciso que esta atinja grau tão elevado — no que pertine à Federação — capaz de impedir o legislador ordinário de empreender a sua extinção. Ou, até mesmo, de impedir a possibilidade de alterar a repartição espacial de competências que possa abalar a estrutura federativa tal como positivada pelo constituinte. Isto porque se o legislador comum não estiver proibido expressamente pelo Texto Constitucional, nada obsta alteração que chegue ao ponto de eliminar a Federação.

Como meio mantenedor dessa forma de Estado, o constituinte há de vedar o acesso do legislador ordinário a essa matéria.

Em outras palavras: a rigidez será de tal ordem que tornará a Constituição imutável nessa matéria. A Federação será intocável.

12. Examinemos, agora, o segundo requisito: existência de um órgão constitucional incumbido do controle da constitucionalidade das leis.

Decorre do princípio da rigidez constitucional. Note-se bem: se a Constituição é flexível não há falar-se em *controle*. Este só se verifica nos sistemas

em que há escalonamento na ordem jurídica. Umhas normas são superiores a outras porque constituem o seu fundamento de validade.

É de normas hierarquicamente superiores que a normatividade subseqüente extrai o seu *ser*, ou seja, a forma de sua criação e o seu conteúdo. É o que ocorre onde impera a Constituição rígida. Os atos normativos produzidos pelo legislativo submetem-se ao que, anteriormente, a Constituição estabeleceu.

Se é assim, há necessidade de a Constituição criar órgão capaz de dizer da adequação da normatividade infra-constitucional a ela, Texto Magno. Dizer da sua consonância. Da necessária compatibilização vertical.

Esse órgão tanto poderá sediar-se no Legislativo, como no Executivo ou no Judiciário. Ou, ainda, em outro conjunto orgânico, se houver.

Não se recomenda, entretanto, a sua localização nos conjuntos orgânicos Legislativo e Executivo. Recomenda-se tal atividade ao Poder Judiciário. É que a ele incumbe, rotineiramente, o exercício da jurisdição, ou seja, dizer qual o direito aplicável a uma controvérsia em caráter definitivo e com a força institucional do Estado. Nenhum outro órgão, diferente do Judiciário, poderá verificar a compatibilização entre a lei e a Constituição pois aquele tem sido, nos vários Estados, após a teorização de Montesquieu, o seu mister típico, a sua função básica.

13. Insista-se num ponto: para caracterizar a Federação tornam-se dispensáveis estes dois últimos elementos apontados. Avulta a sua indispensabilidade quando se cuida da *persistência* da forma federal de Estado.

14. Registre-se, por fim, que deixamos de indicar a Confederação como forma de Estado. É que esta se assenta em *tratado internacional* e não em *Constituição*. Compreenda-se: a *Confederação* surge de convênio entre Estados soberanos que não abdicam de sua soberania. A Federação, surgida de um movimento centrípeto, leva os Estados contratantes a abrirem mão da soberania que lhes é peculiar. Entregam o seu exercício à União. Esta é que se manifesta em nome da Federação no concerto internacional. Os Estados, nessa hipótese, despojando-se da soberania, conservam, tão somente, autonomia política. Esclarecendo: mantêm a possibilidade de editarem leis sobre competências suas por meio de autoridades próprias. Não têm, contudo, a possibilidade de se manifestarem na ordem internacional. A sua manifestação isolada não obriga a Federação perante os demais Estados.

II — A FEDERAÇÃO BRASILEIRA

15 — Vejamos se concorrem, na Constituição Brasileira, os elementos caracterizadores da Federação bem assim aqueles que se destinam a preservá-la.

16. Quanto aos elementos tipificadores:

a) *descentralização política ou repartição Constitucional de competências*: está traçada, basicamente, nos artigos 8.º e 13, § 1.º da Constituição. O primeiro enumera expressamente as competências da União; o segundo positivo indica as dos Estados. É preciso fazer, aqui, distinção entre essas competências: as da União são chamadas expressas e enumeradas (sobre se acharem expressamente descritas, vêm *enumeradas* no Texto); as dos Estados são denominadas *residuais ou remanescentes*⁷. Constituem o *resíduo, remanescente* daqueles negócios que não foram conferidos expressamente à União ou ao Município (art. 15, II, letras *a* e *b* da Constituição). Mas os Estados não possuem apenas competências residuais e, nem a União, apenas as expressas, como equivocadamente se propala.

Com efeito, em matéria tributária as competências estaduais são *expressas*. O poder de instituir tributos, pelos Estados, está expressamente mencionado nos artigos 18 e 23 da Constituição federal. De outra parte, embora a União tenha competências expressas nessa matéria (arts. 18, 21 e 22 da Constituição) a Constituição lhe confere, também, competência residual, arts. 18, § 5.º, e 21, § 1.º).

União e Estados titularizam, portanto, competências expressas e enumeradas, bem como residuais. A União tem as competências elencadas expressamente no art. 8.º bem como nos arts. 18, 21 e 22 da Constituição. Possui, ainda, competência residual por força dos artigos 18, § 5.º, e 21, § 1.º. Não há, nesta hipótese, o elenco dos tributos que podem ser criados pela União. Faculta-se-lhe a criação de “outros” impostos que não tenham fato gerador ou base de cálculo idêntico àqueles atribuídos aos Estados, Municípios e Distrito Federal. Trata-se de “resíduos”, de “remanescência”.

Já os Estados, se possuem as competências residuais a que alude o art. 13, § 1.º, têm-nas em caráter *expresso* por atribuição dos artigos 18 e 23. Há previsão expressa da possibilidade de criação de tributos estaduais: taxas, contribuição de melhoria, imposto relativo a circulação de mercadorias e imposto de transmissão, a qualquer título de bens imóveis por natureza e sobre a cessão física e de direitos reais sobre imóveis, bem como sobre a cessão de direitos à sua aquisição.

Finalmente, devemos nos referir à competência *supletiva* prevista no parágrafo único do art. 8.º. A competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das alíneas *c, d, e, n, q* e *v* do item XVII do aludido artigo 8.º. Deve — acrescenta o parágrafo — ser respeitada, contudo, a lei federal.

Em que consiste essa espécie de competência? É faculdade conferida ao Estado federado para legislar sobre aquelas matérias, *se não houver lei fede-*

7. Constituição Federal, art. 13, § 1.º: “Aos Estados são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição”.

ral dispondo a respeito delas. Existindo lei federal, fica afastada a possibilidade de legislação estadual. E se, inexistindo lei federal, mas apenas estadual, sobrevém aquela regendo a mesma matéria já regulada pelo legislador estadual, a consequência é a paralisação de eficácia da norma estadual no que se contraponha à norma federal.

Naquilo que não se contrapuser, entretanto, pode o legislador estadual desdobrar e adaptar os princípios firmados pela lei nacional.

É esta, também, decorrência da "Supletividade" aludida na Constituição que FERREIRA FILHO prefere chamar de "competência complementar", ou seja, "é a que vem adicionar pormenores à regra primitiva nacional, conforme ensina CARLOS MAXIMILIANO. É complementar, portanto, a norma estadual que desdobra e adapta os princípios firmados pela lei federal sobre diretrizes e bases da educação nacional" 7-A.

Assim, duas vias estão abertas ao Estado: a) legislar nos claros da lei nacional podendo, ainda, b) desdobrar, observada a principiologia contida naquela lei, os seus preceitos, adaptando-os ao Estado federado.

Em outras palavras: a competência é, expressamente, da União. O Estado somente comparece em caráter suplementar. E atribuída preferência à lei federal. Este o exato significado da expressão constitucional "... respeitada a lei federal".

b) *participação da vontade dos Estados (ordens jurídicas parciais) na vontade nacional (ordem jurídica central).*

A vontade nacional é expressada por meio de lei. É a lei nacional ou, ainda, a federal⁸.

O órgão que exerce essa função é o Congresso Nacional, integrado por duas casas: a dos deputados e a dos senadores.

Na Câmara dos Deputados estão os representantes do povo brasileiro (art. 39 da Constituição). Os que elegem representantes podem ter domicílio eleitoral em qualquer Estado da federação. Os representantes eleitos serão fruto da manifestação do povo brasileiro. As representações, no caso, não são dos Estados, mas do povo domiciliado eleitoralmente em cada qual deles.

No Senado Federal estão os representantes das unidades federadas (art. 41). Cada Estado elege três senadores, nada importando a sua dimensão territorial ou populacional.

A lei, por sua vez, demanda, para sua criação a participação de ambas as Casas do Congresso Nacional⁹. Em outras expressões: a lei federal só vem

7a. Parecer publicado na R.P.G.E., pág. 555.

8. Mais adiante veremos a distinção entre lei nacional e federal.

9. Ressalva-se a hipótese das leis sobre organização administrativa, matéria tributária e orçamentária do Distrito Federal que incumbem, apenas, ao Senado (arts. 17, § 2.º e 42, V, da Constituição).

a lume pela manifestação da Casa representativa do povo (Câmara dos Deputados) e da Casa representativa dos Estados (Senado).

No Senado, como se disse, estão os delegados dos Estados, ou seja, das ordens jurídicas parciais. É precisamente a atuação dos Senadores na feitura da lei que faz presente a vontade parcial da unidade federada na vontade nacional. Não há lei inovadora da ordem jurídica infra-constitucional de que não participe o Senado Federal.

Bem por isso, aliás, o nosso bicameralismo é do *tipo federal*, ou seja, ambas as casas participam do processo de elaboração de lei, mas o Senado tem função moderadora, visando a manter o equilíbrio federativo. É a adoção desse bicameralismo (federativo) que permite a parificação dos Estados no concerto federal. Isto porque, apesar de a Câmara dos Deputados abrigar representantes do povo brasileiro, não há dúvida que os deputados oriundos de um Estado tenderão a emitir opiniões que favoreçam a seus Estados de origem. É no Senado, em face da paritariedade da representação, que se moderará a atividade legislativa da Câmara dos Deputados quando, nesta, a legislação tiver o objetivo de beneficiar determinadas regiões em detrimento do todo nacional. É no Senado que se promove o equilíbrio dos interesses federativos.

Acha-se presente, portanto, a segunda nota tipificadora da Federação: participação da vontade dos Estados na vontade nacional.

17. Examinemos, agora, os elementos *mantenedores* da Federação.

a) rigidez constitucional

Os artigos 47, 48 e 49 da Constituição federal indicam a forma pela qual se pode alterá-la. O instrumento é a *emenda à Constituição* (art. 46, I). O primeiro trata da iniciativa. Nele se lê que se a proposta partir de deputados e senadores deverá conter a assinatura de um terço dos membros da Câmara dos Deputados e um terço dos membros do Senado Federal. Aqui se vislumbra indícios de rigidez. É que a regra constitucional quanto à iniciativa de leis ordinárias é a prevista no artigo 56: cabe a *qualquer* membro da Câmara dos Deputados ou do Senado (*um* deputado, *um* senador) à Comissão dessas Casas, ao Presidente da República ou aos Tribunais Federais com jurisdição em todo o território nacional.

Percebe-se maior dificuldade na deflagração do processo de emenda à Constituição do que no da lei ordinária. Mas não é só. Pelo artigo 48 a proposta de emenda deverá ser discutida e votada em dois turnos, no prazo de noventa dias, considerando-se aprovada se obtiver, em ambas as votações, a aquiescência da maioria absoluta dos membros de cada uma das Casas. Não se exige tanta dificuldade para a discussão e aprovação da lei comum, matéria regida pelo artigo 31 da Constituição Federal: exige-se a aprovação por maioria de votos dos presentes à sessão, num só turno de votação, desde que presente a maioria dos membros da Casa Legislativa.

O art. 47, § 1.º, por sua vez, impede a apreciação de emenda tendente a abolir a Federação e a República. Ou seja: tais matérias são vedadas ao legislador comum. Eleva-as à condição de imutáveis. Nesse ponto a Constituição é imodificável. Ou seja, ainda: nessas matérias o grau de rigidez é máximo, inadmitindo qualquer flexibilidade.

Com esses requisitos mantém-se a Federação tal como positivada pelo constituinte.

Vejamos o último dos traços peculiarizadores da Federação: b) *a existência de um órgão Constitucional incumbido do controle de constitucionalidade das leis.*

A rigidez constitucional impõe o controle da constitucionalidade.

Todo magistrado, integrante do Judiciário, pode exercê-lo. Qualquer Juiz pode exercitar o controle da constitucionalidade das leis. Há de fazê-lo, porém, diante do caso concreto. É na apreciação de litígios, solucionando controvérsias, para negar ou conceder a pretensão formulada pelo autor, que lhe é dado o exercício desse sistema. O Juízo monocrático não tem a possibilidade de declarar, em tese, a inconstitucionalidade da lei. Tem-na o Supremo Tribunal Federal. Este órgão do Judiciário recebeu competência originária para declarar a inconstitucionalidade da lei em tese, desde que provocado pelo Procurador Geral da República. É o que se lê no artigo 119, I, letra "1". Esta declaração já é feita com vistas a extirpar o sistema normativo daqueles preceitos tidos por inconstitucionais. Cuida-se, no caso, da chamada ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

Ainda ao Supremo Tribunal Federal podem ser levadas todas as questões decididas por outras instâncias se a discussão envolver o confronto da lei com a Constituição. Chega-se a ele por meio de *recurso extraordinário* como previsto no artigo 119, III, letras *a, b e c.*

Verifica-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal opera como guardião da Carta Magna. Não há questão constitucional que a ele não possa ser levada, conhecida e decidida.

Trata-se do *órgão incumbido do controle da constitucionalidade das leis*, nota necessária à *manutenção* do sistema federal.

III — ORIGEM DA FEDERAÇÃO

18. Por que se pode dizer que Federação é forma de Estado com as singularidades já descritas? Qual o motivo da utilização desse "rótulo" para identificar essa forma de Estado?

É preocupação que só encontra resposta na história do Direito Constitucional.

Com efeito, somente a existência de um exemplo histórico autoriza aquela qualificação: o nascimento dos Estados Unidos da América.

As treze colônias inglesas, ao se liberarem da dominação inglesa, constituíram Estados soberanos (ordens jurídicas independentes) que firmaram um tratado internacional criando a Confederação.

Posteriormente, em face das dificuldades para a execução daquele tratado internacional¹⁰, políticos e juristas norte-americanos, como John Jay, Alexander Hamilton e James Madison pregaram a necessidade do estabelecimento de outro pacto entre os Estados contratantes de modo a que a união entre eles fosse duradoura¹¹.

Convocou-se uma reunião dos Estados em Filadélfia para a discussão dessa tese e, eventualmente, de uma Constituição reunificadora, pois pretendia-se a revisão dos "Artigos da Confederação"^{11-A}.

A essa Convenção os Estados mandaram representantes, verdadeiros embaixadores seus que levavam a ela a manifestação da vontade dos Estados norte-americanos.

Vencida a resistência de alguns Estados que não pretendiam abdicar de sua soberania, foi editada a Constituição, a qual previu que "os poderes legislativos conferidos pela presente Constituição serão atribuídos ao Congresso dos Estados Unidos, composto do Senado e da Câmara dos Representantes" (artigo I, Secção I).

19. Estava aí corporificada a idéia segundo a qual não se poderia legislar para o Estado recém-criado sem a participação da vontade de cada Estado federado.

Registre-se a peculiaridade: os Senadores eram designados pelas Assembléias Legislativas de seus Estados, em indicação clara de que eram representantes das unidades federadas¹².

Esta concepção, nascida do constitucionalismo norte-americano, acabou por servir de modelo para vários Estados que se constituíram mais tarde. Tanto para Estados soberanos que se agregaram, num movimento centrípeto, como para aqueles, Unitários, num movimento centrífugo em que o Direito criou autonomias regionais.

10. "O plano de governo, contudo, falhou, à vista de sua fragilidade e impotência. O "liberum veto", que podia ser oposto pelos Estados confederados, tornava a Confederação impraticável, como ação de governo" (Anhala Mello, "O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas"; Max Limonad).

11. Artigos publicados em jornais e discursos daqueles eminentes homens públicos afinal reunidos na obra clássica denominada "O Federalista".

11a GERALDO ATALIBA lembra que se verifica, na Confederação, a supremacia dos Estados sobre a União; na Federação, igualam-se Estados e União.

12. "O Senado dos Estados Unidos será formado por dois Senadores por Estado, designados por seis anos pela assembléia legislativa respectiva. Cada senador terá direito a um voto" (artigo I, Secção III).

Em outras palavras: passou a se entender como federal o Estado em que a Constituição repartia as competências entre pessoas distintas (União e Estados ou Províncias), mantendo, estas, representantes no órgão legislativo nacional (Senado).

Somente com a presença desta idéia se pode compreender o fenômeno federal.

IV — A FEDERAÇÃO: EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

20. Sustenta-se que as autonomias regionais no Brasil constituem fato histórico. E que a sua dimensão territorial bem como a grande diversidade dos costumes e das condições naturais — enfim, os “regionalismos” — foram circunstâncias exigentes da Federação como forma de Estado. Subjacente a essa idéia está a de que — como já se afirmou na doutrina — a Federação é uma forma hábil de manter unidas as autonomias regionais. Isto porque, descentralizado o exercício espacial do poder, os “regionalismos” se pacificam pois suas peculiaridades locais são preservadas pela repartição constitucional de competências.

21. A Federação surge, provisoriamente, no Brasil por meio do Decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889, que também instituiu a República como forma de governo e estabeleceu “as normas pelas quais se devem reger os Estados federais”.

Consolida-se na Constituição de 24 de fevereiro de 1891 que já fornece todos os lineamentos básicos indispensáveis à sua caracterização¹³.

A Constituição de 1934 manteve a forma federal de Estado¹⁴. Com uma singularidade: O Senado Federal passou a ser órgão colaborador da Câmara dos Deputados. A dizer: em muitas hipóteses a função legislativa de maior importância incumbia à Câmara dos Deputados. Nem por isso a Câmara dos Senadores deixou de participar da vontade nacional. Basta atentar para o seu artigo 41, § 3.º: “Compete exclusivamente ao Senado Federal a iniciativa das leis sobre a intervenção federal e, em geral, das que interessem determinadamente a um ou mais Estados”. Vê-se que os assuntos de interesse dos Estados só podiam ser decididos pelo Senado, mantendo incólume uma das características da Federação.

A Constituição de 1937, outorgada pelo Presidente da República ao povo brasileiro, fez subsistir, formalmente, a Federação¹⁵. Na realidade,

13. Conferir os artigos 1.º, 5.º, 7.º, 30, 63, 65, 59 n. 3, letra “b”.

14. Ver os artigos 1.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 10.º, 41, § 3.º, 89, 90, 91 e seus itens; especialmente o IV, 76, III, letras b e c.

15. Conferir artigos 3.º, 15, 16, 20, 21, 23, 38, § 1.º, 50 (O Senado ganhou a denominação de Conselho Federal), 101, item III, letras b e c.

porém, ela não se conservou. É que no período de 1937 a 1945 pouca obediência se prestou à Constituição. Os Estados regiam-se pelo decreto-lei 1.202, de 8 de abril de 1939, verdadeira "lei orgânica" dos entes federados. Eram governados por interventores nomeados pelo Presidente da República. As eleições para o Parlamento Nacional jamais foram convocadas. Para as Assembleias Legislativas, igualmente, não se convocaram eleições.

Assim, embora *formalmente* federal, a forma de Estado foi, *realmente*, unitária.

A Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946, faz coincidir a *forma* com a *realidade*. Pode-se dizer, no plano histórico-constitucional, que a Federação foi restabelecida pela Constituinte daquele ano que, em amplo e democrático debate, fez nascer um dos mais primorosos textos Constitucionais no Brasil¹⁶.

22. Acentuada tendência centralizadora se verifica a partir do movimento político-militar de 31 de março de 1964.

O Ato Institucional de 9 de abril daquele ano, depois numerado, manteve a Constituição de 1946 com modificações por ele introduzidas. Essas alterações já indicavam o fortalecimento da União em detrimento das autonomias estaduais. Centralizava-se o poder naquela pessoa de capacidade política ao mesmo tempo que se entregava ao Presidente da República a maior parte do seu exercício.

Seguiram-se, cada vez mais concentrantes, os Atos Institucionais de n.ºs. 2, 3 e 4, cujo teor foi, afinal, incorporado à nova Constituição, a de 1967. Havendo albergado a filosofia inspiradora do constituinte revolucionário, esta Constituição reduziu sensivelmente a autonomia estadual e, concomitantemente, diminuiu a independência do Poder Legislativo. Pode-se dizer que a fisionomia federal do Estado brasileiro se alterou (comparando-se o regime de 1946 com o de 1967).

23. Mas o grau mais elevado de centralização se operou com a edição do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, que, juntamente com outros Atos posteriormente editados, passou a conviver com nova Constituição que veio a lume em 17 de outubro de 1969.

Já tivemos oportunidade de ressaltar que essa Constituição, atualmente em vigor, é portadora de todas as características próprias da Federação. Mas não se pode negar a existência maior de poder na União e, nesta, na figura do Chefe do Executivo. Por isso, não há como negar a evidência: a Federação norte-americana foi a inspiradora dos federalistas brasileiros, mas o Brasil muito se afastou, depois, daquela fonte iluminadora.

16. A propósito das notas caracterizadoras da Federação e das necessárias à sua manutenção, conferir artigos 1.º, 5.º, 15, 18, 18 §§ 1.º e 2.º, 19, 37, 60, 101, item III, letras a, b e c.

É certo que a Emenda Constitucional n.º 11, de 13 de outubro de 1978, revogou todos os Atos Institucionais “no que contrariarem a Constituição Federal” (art. 3.º da emenda)¹⁷. Mas o fenômeno centralizador continuou presente no Texto Constitucional.

V — NOVOS RUMOS DO FEDERALISMO BRASILEIRO

24. Tanto é certo o desnaturamento do Federalismo surgido em 1891 que os autores buscaram qualificá-lo sob denominação diversa.

Já em 1969, Anhaia Mello¹⁸ dissertou: “E na atual fase do Estado federal brasileiro, vive-se o Federalismo de cunho cooperativo, isto é, são inúmeras as relações entre a União, os Estados e Municípios baseadas em empréstimos, em subvenções, em auxílios, enfim, relações que discrepam bastante da orientação primitiva do Federalismo, concebida em 1891, onde a ajuda do poder central e esse sistema de interpenetração só era previsto em casos de exceção e necessidade.

De momento, é tal a soma de benesses distribuídos pela União, que os Estados ficam inteiramente à sua mercê”.

Em análise que, no particular, fez Raul Machado Horta¹⁹, percebe-se a mesma preocupação: “A evolução do comportamento da federação brasileira não conduz a diagnóstico necessariamente pessimista, preconizando o seu fim. A evolução demonstra que a Federação experimentou um processo de mudança. A concensão clássica, dualista e centrífuga, acabou sendo substituída pela federação moderna, fundada na cooperação e na intensidade das relações intergovernamentais. A relação entre federalismo e cooperação já se encontra na etimologia da palavra federal, que deriva de “*foedus*”: pacto, ajuste, convenção, tratado, e essa raiz entra na composição de laços de amizade, “*foedus amicitiae*”, ou de união matrimonial, “*foedus thalami*”. Em termos de perspectiva, é razoável presumir que a evolução prosseguirá na linha do desenvolvimento e da consolidação do federalismo cooperativo, para modernizar a estrutura do Estado federal”.

17. Não é de boa técnica a manutenção do art. 182, da Carta vigente, tal como redigido. É que perdeu sua eficácia o AI-5, que contraria frontalmente a Constituição. Os demais Atos Institucionais e Complementares demandam exame mais acurado para a verificação de sua compatibilidade com o Texto Constitucional. De qualquer maneira, é gritante a inadequação do aludido art. 182 que mantém em vigor os Atos Institucionais. Daí porque, em homenagem à boa técnica na redação de uma Constituição, (ou talvez, até por isso) que juristas e políticos reclamam a convocação de nova Constituinte.

18. “O Estado federal e suas novas perspectivas”, 1960, Max Limonad, pág. 142.

19. “Tendências do Federalismo Brasileiro”, artigo publicado na R.D.P. n. 9, pág. 7.

25. É a tese do *Federalismo cooperativo*, tão cara àqueles que buscam rotulação cientificamente adequada para distinguir o novo federalismo daquele tradicional²⁰.

Paulo Bonavides, após criticar a expressão (nota 20, abaixo) propõe o “Federalismo das Regiões”. Seria uma forma de Estado em que se adotaria uma quarta esfera de governo, as Regiões (além de União, Estados e Municípios), que se moveria dentro do sistema federativo no mais alto grau de autonomia, superior ao dos correntes níveis estaduais e municipais”.

Propõe a institucionalização de Regiões Brasileiras (por exemplo, a SUDENE, a SUDAM, a SUDECO) como pessoas de capacidade política. Salienta os interesses comuns da região, os vínculos que reúnem, sob mesma aspiração, vários Estados. Basta verificar o desempenho, no Congresso Nacional, das bancadas “regionais”.

26. Outra proposta — sempre com a preocupação de viabilizar o federalismo — é a inversão do disposto no artigo 8.º, parágrafo único, que trata da competência supletiva aos Estados para legislarem sobre matéria atribuída à União.

Consiste, sinteticamente, no seguinte: a União legislará sobre as matérias que lhe foram conferidas pela Constituição. Entretanto, em certas matérias — na forma disposta pelo Constituinte — o Estado federado poderia editar a sua legislação com o que afastaria aquela da União. A dizer: a legislação será, sempre, federal e de obrigatória aplicação para os Estados; ressalva-se a hipótese de estes virem a dispor sobre a matéria. A idéia-força desta proposta reside na verificação de que certos Estados possuem suficiente potencial político, administrativo e econômico para disporem até mesmo sobre certas competências que, hoje, o constituinte entrega — guiado por paternalismo centralizador — à União²¹.

VI — CONCLUSÕES

27. De tudo ressaem as seguintes conclusões:

20. Paulo Bonavides critica essa rotulação. Entende que “O chamado “federalismo cooperativo” tem sido uma palavra amena e esperançosa, de emprego habitual pelos publicistas que ainda acreditam comodamente na sobrevivência do velho federalismo dualista, batizado com outro nome, posto que esteja a encobrir realidade nova. Urge primeiro reconhecer o desaparecimento da velha ordem federativa, esteada no binômio Estado autônomo e poder federal” (“Reflexões sobre Política e Direito”, Imprensa Universitária, Universidade Federal do Ceará, pág. 133).

21. Sugestão formulada por CELSO BASTOS no Grupo designada pela Associação dos Advogados de São Paulo para propor um modelo de Constituição.

- a) a Federação é forma de Estado cujo objetivo é manter reunidas autonomias regionais;
 - b) assenta-se numa Constituição;
 - c) daí porque não se pode confundi-la com outra forma de união de Estados, a Confederação, suportada por *tratado* internacional;
 - d) na Federação, a Constituição (retratadora da Federação) é soberana; os Estados federados são autônomos, nunca soberanos;
 - e) na Confederação cada Estado aliado é soberano;
 - f) o pacto, na Federação, é indissolúvel; na Confederação é dissolúvel;
 - g) Estado Federal e Estado Unitário não se confundem; o primeiro se caracteriza por duas notas singulares: a descentralização política e a participação da vontade regional na vontade nacional; no segundo não se cogita desta última singularidade;
 - h) o conceito só é apurável a partir de exemplo histórico;
 - i) o grau autonômico estadual poderá variar; presentes, entretanto, suas notas tipificadoras, subsiste, como adequado, o rótulo federal;
 - j) adjetiva-se a Federação (cooperativa) como tentativa de melhor identificá-la;
- l) a doutrina postula, com insistência, novo federalismo, que melhor atenda à realidade política atual.

SERVIDÕES ADMINISTRATIVAS

ADILSON ABREU DALLARI

**Professor livre-docente de Direito
Administrativo da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo**

I — INTRODUÇÃO

O estudo das servidões administrativas, como todos os demais temas de Direito Administrativo, apresenta, de início, uma dificuldade inerente ao fato dessa disciplina ser relativamente recente.

Com efeito, comparativamente ao Direito Civil, que segue uma linha constante de evolução desde o Direito Romano, há de se reconhecer que o Direito Administrativo é uma disciplina jurídica bastante incipiente.

Porém, além disso, dentro do próprio direito administrativo, surge como uma dificuldade adicional o fato da experiência jurídica em matéria de servidões administrativas ser bastante reduzida.

A doutrina, além de extremamente parcimoniosa, revela a existência de mais dúvidas do que certezas, de mais controvérsias que pontos pacíficos.

A jurisprudência é quase inexistente, pois são muito raros os casos sobre o assunto que chegam ao conhecimento dos Tribunais, não havendo nem a possibilidade de firmar-se o entendimento sobre determinadas questões.

Ao lado disso, a legislação existente, tanto no Brasil como no exterior, sempre se limita a criar uma ou outra situação jurídica à qual atribui a designação de servidão administrativa, não havendo qualquer tratamento normativo sistematizado.

Isso, entretanto, longe de se constituir em motivo de desinteresse pelo tema, representa um desafio e um estímulo ao estudioso do Direito Administrativo.

Mas, ao mesmo tempo, revela ser infrutífera e fadada ao insucesso qualquer tentativa de formulação de conclusões teóricas pelo método indutivo, partindo do exame de casos concretos ou das várias espécies de servidões administrativas existentes no direito positivo.

Assim sendo, o presente estudo se limitará ao exame das possíveis características gerais da servidão administrativa, com a utilização de conceitos pertencentes à teoria geral do direito e mediante comparação com outros institutos jurídicos mais sólidos, mais definidos e já sistematizados.

II — A PROPRIEDADE PRIVADA

O estudo teórico das servidões administrativas exige que se tome como ponto de partida a propriedade privada, sem a qual o problema nem se colocaria.

Imediatamente em seguida, há que se recordar a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “Convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com *direito de liberdade* e *direito de propriedade*. Estes últimos são as expressões daqueles, porém, tal como admitidos em um dado sistema normativo.”¹

Ou seja, o direito de propriedade, que é o objeto próprio de um estudo do tema sob um enfoque jurídico, é a parcela da propriedade privada aceita, delineada e amparada em cada sistema jurídico específico.

O direito de propriedade já aparece no Código de Hamurabi, o mais antigo documento legislativo da humanidade. Nesse texto a propriedade privada era reconhecida e, como é elementar ao direito, recebia limitações tendentes a ajustá-la ao direito de cada membro do corpo social e à sociedade como um todo.

Porém é no direito romano que a propriedade privada recebe um tratamento mais amplo e é no direito romano que encontramos as raízes do direito de propriedade dos diversos sistemas jurídicos ocidentais.

Pode-se dizer, sem sombra de erro, que no direito romano a propriedade privada era sagrada. Com efeito, ela derivava da religião, dos deuses lares, do culto familiar. O lar, o local do culto, era de propriedade exclusiva e perpétua da família.

Daí o caráter acentuadamente individualístico do direito de propriedade entre os romanos. Mas é preciso que se diga que, mesmo nessa fase, o direito de propriedade não era absoluto, sofria limitações, mesmo porque a idéia de poder absoluto não se coaduna com a idéia de direito. Qualquer direito será sempre limitado.

1. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre o poder de polícia. *Revista de Direito Público*, São Paulo, 3(9):55-68, jul./set. 1969.

Na Idade Média, ao mesmo tempo em que foi perdendo seu caráter religioso, o direito de propriedade foi evoluindo no sentido de uma bipartição, ou seja, de uma separação entre o que hoje chamamos de domínio útil e de nua propriedade. As famílias nobres detinham o domínio eminente, mas os que se utilizavam da propriedade, tornando-a produtiva, tinham também como que um domínio. Mas, em síntese, quem cultivava a terra não era dono dela e quem detinha a propriedade não a cultivava.

Foi como reação a esse estado de coisas que a Revolução Francesa restaurou a unidade do direito de propriedade, que surge na "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" como um *direito inviolável e sagrado*, e que é definido no art. 544 do Código Civil Napoleônico como "o direito de gozar e dispor das coisas de modo absoluto, contanto que isso não se torne uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos". Note-se o caráter romântico e mesmo contraditório dessas colocações.

Mas, por sua vez, o individualismo da Revolução Francesa gerou, como reação, a publicização do direito de propriedade, cujo exercício devia ser condicionado ao bem-estar geral e ao interesse público.

Hoje em dia o direito de propriedade é entendido e disciplinado nos diversos sistemas jurídicos ocidentais como uma função social do detentor da riqueza. Vale dizer, a propriedade privada só é reconhecida e amparada enquanto e na medida em que corresponder a uma função social. O direito de propriedade está, portanto, condicionado à sua função social.

III — INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE

Compete ao Estado assegurar que a propriedade privada cumpra uma função social. Para desempenhar essa missão, o Estado desenvolveu e aperfeiçoou vários instrumentos de atuação.

Nos diversos sistemas jurídicos são encontráveis meios de atuação estatal que variam em quantidade e intensidade, mas, de maneira geral, podem-se identificar três espécies básicas: as limitações administrativas, as desapropriações e as servidões administrativas.

As limitações administrativas, no dizer de RENATO ALESSI, não configuram uma lesão de direito, posto que correspondem à própria definição do direito de propriedade, pela fixação de seus necessários confins.²

As limitações administrativas são inerentes ao exercício do Poder de Polícia, em sentido amplo, e se aplicam tanto à definição do direito de liberdade quanto ao direito de propriedade. São limitações administrativas, enqua-

2. ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona, Bosch, 1970. v. 2, p. 474 e 484.

dráveis no campo da polícia das edificações, por exemplo, o estabelecimento de recuos obrigatórios, taxas de ocupação e gabaritos máximos.

Enquanto medidas de ordem geral, que não retiram o conteúdo do direito de propriedade mas apenas lhe definem os contornos, as limitações administrativas não geram para o Estado o dever de indenizar.

As limitações administrativas, enquanto tais, são sempre gratuitas. Representam a forma mais branda de atuação estatal no tocante à propriedade privada, pois nada retiram do proprietário.

No extremo oposto, temos o instituto da desapropriação, definido no Código Civil Brasileiro como forma de extinção da propriedade privada. Com efeito, por meio da desapropriação o Estado faz desaparecer uma determinada propriedade privada, que é substituída por seu equivalente em dinheiro, e faz surgir, ao mesmo tempo, mas originariamente (sem que haja transferência), a propriedade pública.

A desapropriação é sempre onerosa. É a forma mais intensa de intervenção estatal na propriedade, pois retira totalmente o conteúdo do direito de propriedade.

Entre esses dois extremos estão as servidões administrativas, por meio das quais o Estado obtém o uso da propriedade privada sem retirá-la de seu proprietário, e se apresentam como medidas ora genéricas, ora específicas; ora gratuitas, ora onerosas.

Enquanto a desapropriação configura claramente uma obrigação de *dar*, inexistente nos outros meios de atuação estatal aqui referidos, o tipo de obrigação decorrente das limitações administrativas e das servidões administrativas não é tão evidente.

De maneira geral, pode-se dizer que das limitações decorre uma obrigação de não fazer, de abster-se, um "*non facere*"; enquanto das servidões deriva um dever de suportar que se faça, deixar fazer, um "*pati*".

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO faz um enorme esforço para eliminar as obscuridades dessa distinção, valendo a pena transcrevê-lo:

"Nas servidões administrativas o Poder Público coloca determinado bem em uma especial sujeição ao interesse público, o que não ocorre com as limitações administrativas à propriedade privada, próprias do Poder de Polícia, nas quais, pela simples delimitação do âmbito de exercício do direito de propriedade obtém uma genérica e indiscriminada utilidade social; isto é, não se trata de gravame instituído de modo especial sobre certos bens onerados com uma peculiar sujeição ao interesse público.

Enquanto através do poder de polícia — nas chamadas limitações administrativas — o dano social é evitado (ou reversamente, o interesse coletivo é obtido), pelo simples ajustamento do exercício da propriedade ao bem comum, nas servidões administrativas o bem particular é colocado sob parcial senhoria da coletividade.

Na servidão o bem é contemplado como já sendo portador de uma utilidade que o Poder Público deseja captar em proveito da coletividade; atra-

vés da limitação administrativa, a utilidade a ser oferecida pelo bem nasce, juridicamente, da vedação imposta ao administrado de atuar de maneira contrária ao que foi definido como o interesse público.

No poder de polícia *é idéia predominante a vedação de um comportamento*; na servidão, diversamente, predomina a idéia de auferir especificamente um valor positivo da coisa, previamente reconhecido como existente nela *“in actu”*, não *“in potentia”*.³

Não obstante o vigor das palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a distinção entre esses dois institutos, no tocante ao tipo de obrigação decorrente, não é pacífica e tem sido causa de freqüentes confusões.

De todo modo, já se tem aqui elementos suficientes para uma idéia do que são as limitações administrativas.

IV — DISTINÇÃO ENTRE AS SERVIDÕES ADMINISTRATIVAS E AS SERVIDÕES DE DIREITO CIVIL

O estudo da servidão administrativa tem sido largamente prejudicado pela reiterada e constante insistência da doutrina em caracterizá-la como uma servidão civil submetida a regras exorbitantes.

Autores da maior suposição, embora reconhecendo que não há identidade entre elas, teimam em identificar analogias e afinidades.

Melhor nos parece a posição adotada por FIORINI para quem: “El único dato identico entre la servidumbre administrativa y la privada se halla en la desmembracion del atributo de exclusividad del derecho de propiedad.”⁴

Louve-se, ainda, o espírito prático e a reconhecida objetividade de JOSÉ ROBERTO DROMI, que, desde logo, já aponta as diferenças entre elas:

“a) servidumbre civil: “bien afectado al uso privado”, servidumbre administrativa “bien afectado al uso público”

b) servidumbre civil: “derecho real privado”; servidumbre administrativa: “derecho real público”

c) servidumbre civil: “constituída por un sujeto privado sobre un inmueble privado”; servidumbre administrativa: “constituída por una entidad pública-estatal o no estatal — sobre bienes privados o públicos”

3. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. loc. cit.

4. FIORINI, Bartolomé A. **Manual de derecho administrativo**. Buenos Aires, La Ley, 1968, v. 2, p. 862.

d) servidumbre civil “es un derecho que integra el dominio privado del beneficiario”, servidumbre administrativa “es un derecho que integra el dominio público”.⁵

Mais judiciosa e mais profunda, entretanto, é a conclusão a que chegou MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, em sua preciosa monografia sobre a servidão administrativa:

“A servidão, embora tenha nascido e evoluído, durante séculos, exclusivamente no direito privado, constitui verdadeira categoria jurídica, ou seja, trata-se de instituto cujas conotações, genéricas e abstratas, não são peculiares nem ao direito público nem ao direito privado, cabendo o seu estudo à teoria geral do direito, que, mediante método adequado, chega ao instituto em toda sua pureza.

Como forma categorial, define-se a servidão como o direito real de gozo sobre coisa alheia, instituído em benefício de entidade diversa da sacrificada.

Partindo-se dessa fórmula genérica e abstrata, constrói-se, de um lado, o regime jurídico das servidões de direito privado, e de outro, o das servidões de direito público, cada qual com as correspondentes conotações específicas e informado por princípios jurídicos próprios.”⁶

Enfim, quase nada ou muito pouco existe de comum entre as servidões administrativa ou pública e civil ou privada.

Portanto, toda tentativa de resolver questões inerentes às servidões administrativas mediante consulta ao direito privado leva consigo uma alta probabilidade de erro.

Nada impede que se recorra ao direito privado, desde que se o faça apenas em busca tão somente de um referencial, para simples comparações e sem perder de vista que se trata de um instituto jurídico distinto, submetido a um regime totalmente diverso do regime jurídico-administrativo.

V — CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DAS SERVIDÕES ADMINISTRATIVAS

O apego às concepções civilistas tem levado diversos autores a dois freqüentes enganos. Acusando uma evidente influência das servidões prediais do direito civil, alguns publicistas de nomeada afirmam que as servidões administrativas recaem sobre imóveis e apresentam uma relação entre coisa dominante e coisa serviente.

5. DROMI, José Roberto. **Derecho administrativo económico**. Buenos Aires, ASTREA, no prelo.

6. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Servidão administrativa**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978. p. 72-73.

É incompreensível e inexplicável essa concepção de que as servidões administrativas recaem sobre bens imóveis, pois mesmo no direito civil se encontram direitos reais sobre coisas alheias recaindo tanto sobre bens móveis como é o caso, por exemplo, do usufruto.

Lúcido nos parece o entendimento de MARIENHOFF, para quem as servidões administrativas podem recair sobre bens móveis e imóveis e, ainda, sobre bens imateriais (direitos), que ele exemplifica com o caso de uma servidão constituída de outra servidão.⁷

Para nós, as servidões podem recair sobre bens móveis e imóveis, tanto públicos como privados, e ainda, sobre serviços. Basta que algo seja suscetível de apropriação e tenha utilidade prática para que essa utilidade possa ser parcialmente absorvido pelo Poder Público, sem extinguir a propriedade privada, mediante a constituição de uma servidão administrativa.

Por exemplo, a obrigatoriedade, imposta por lei, das empresas de transporte coletivo conduzirem gratuitamente militares fardados e carteiros pode ser entendida como uma servidão administrativa recaindo sobre serviço público.

A concepção de que na relação jurídica existe sempre uma coisa serviente e uma coisa dominante encontra na doutrina diversas posições, algumas positivas, outras negativas e outras intermediárias.

MARCELO CAETANO, ao dizer que entende por servidão administrativa “o encargo imposto por disposição da lei sobre certo prédio em proveito da utilidade pública de uma coisa”, confessa que, para ele, a servidão administrativa deriva da servidão predial do direito civil e afirma ser essencial “a submissão de certa utilidade de uma coisa à utilidade de outra coisa”, pois onde isso não ocorrer haverá mero exercício do poder de polícia.⁸

LAUBADÈRE, por sua vez, estabelece uma distinção entre servidão administrativa em sentido lato e em sentido estrito: a primeira seria aquela criada em favor do interesse geral; a segunda seria aquela instituída em favor de determinados bens de domínio público.⁹ Como se nota, nesta última concepção está implícita a idéia de coisa dominante.

Na Argentina, RAFAEL BIELSA assume uma posição deveras interessante:

“Como en las servidumbres civiles, así también se propone en las servidumbres administrativas una división en “prediales” y “personales”; el criterio de la distinción es el mismo.

7. MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972. v. 4, p. 84.

8. CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1970. v. 2, p. 972-973.

9. LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. 5.^a ed. Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1970. v. 2, p. 160.

Consideráanse prediales las que se establecen para servir a un fundo o dependencia del dominio público, y personales las establecidas para servir a una colectividad de vecinos.”

Porém, mais adiante, reconhece que a servidão administrativa é estabelecida sempre em favor de uma pessoa pública ou administrativa e acrescenta:

“Y así como llamamos objeto al predio sirviente, decimos que la cosa considerada predio dominante es sólo el medio, y no el fin, y es el fin lo que determina la naturaleza de la servidumbre, como de toda otra institución.

Las servidumbres administrativas son derechos reales cuyo titular es la Administración pública, pero ellas tienen una naturaleza esencialmente personal, atendiendo a su contenido y fin, aun cuando, a veces, por el objeto (cosas) tenga cierto carácter de prediales o reales.

Por eso algunos arguyen que no existe base para la distinción entre prediales y personales, puesto que directa o indirectamente los beneficiarios son siempre los administrados (el público). Esto en principio es verdad, pero de eso no se deduce que no haya base jurídica para diferenciar esas dos clases de servidumbres. En la predial hay siempre un fundo dominante; en la personal es el uso público exclusivamente sobre una cosa.”¹⁰

No Brasil, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO afirma, inicialmente, que a divisão entre servidões prediais e pessoais, feita pelo direito privado, não pode ser simplesmente transplantada para o direito público, pois as servidões administrativas possuem características que não se ajustam ao direito civil. Nada impede que se estabeleça uma distinção entre servidões administrativas prediais e servidões administrativas pessoais, a primeira instituída em benefício de coisa destinada à realização de serviço de interesse público e a segunda feita para permitir a utilização de um bem pelo público em geral.

Porém, completa ela: “A distinção, contudo, não tem maior interesse prático, já que o regime jurídico a que estão sujeitas é o mesmo em ambas as modalidades. Além disso, mesmo quando a utilidade é instituída em favor de outro predio, o beneficiário é sempre uma pessoa ou coletividade de pessoas, de modo que a distinção, além de inútil, é difícil de fazer-se na prática.”¹¹

Vai a pena perguntar: por que, então, classificar-se as servidões administrativas em prediais e pessoais se, além de inútil, ela ainda mais dificulta o entendimento da matéria? Conforme ensina GORDILLO, a razão de ser de qualquer classificação está em sua utilidade e seu valor na medida em que proporciona o melhor conhecimento do objeto classificado.¹² Assim, no caso, embora seja possível classificar as servidões administrativas em prediais e pessoais, nada indica que se deva fazê-lo; pelo contrário, isso deve ser até evitado.

10. BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 6.^a ed. Buenos Aires, La Ley, 1965. v. 4, p. 407-411.

11. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, “op. cit.”, p. 61-62.

12. GORDILLO, Agustín A. *El acto administrativo*. 2.^a ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969. p. 27.

Assim sendo, melhor nos parece a posição adotada por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, no Brasil¹³, e por DROMI, na Argentina¹⁴, para os quais não há que se falar em prédio dominante em matéria de servidão administrativa.

Para este, "las servidumbres administrativas son *personales* por esencia, pues estan constituídas formalmente en favor de una *entidad administrativa*, y materialmente en beneficio de la coletividad."

Diante do exposto, o conceito de servidão administrativa que mais nos satisfaz é aquele formulado por HELY LOPES MEIRELLES, nestes termos: "Servidão administrativa ou pública é ônus real de uso, imposto pela Administração à propriedade particular, para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário."¹⁵

Em matéria de classificação das servidões administrativas, em nosso entendimento, a única divisão possível, útil e relevante é aquela que coloca, de um lado as que poderiam chamar-se *genéricas* e, de outro lado, as que podem ser denominadas *específicas*.

Servidões administrativas genéricas seriam aquelas criadas diretamente pela lei, de forma geral, com, por exemplo, as servidões às margens dos rios públicos. Servidões administrativas específicas seriam aquelas instituídas, por diversos meios, sobre certas e determinadas propriedades, como, por exemplo, uma servidão de passagem.

Como se nota, cada uma delas apresenta distinções no tocante ao regime jurídico, a partir da própria forma de instituição. Além do mais, tal classificação tem grande utilidade prática.

Por exemplo, quando se pergunta se as servidões administrativas devem ou não ser inscritas no Registro de Imóveis, pode-se seguramente responder que sim, como faz HELY LOPES MEIRELLES, desde que se acrescente que esta exigência atinge apenas as servidões específicas, como afirmam MARIENHOFF e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. Com efeito a segurança e a certeza jurídicas que se pretende alcançar com a inserção das servidões específicas no Registro de Imóveis, já é dada pela necessária publicação da lei, da qual diretamente decorrem, no caso das servidões administrativas genéricas.

Cabe, por último, apenas registrar que as servidões administrativas admitem também uma separação entre indenizáveis e não indenizáveis. Ou seja, algumas são instituídas a título gratuito e outras a título oneroso, mas essa separação decorre não da essência ou da natureza de determinados tipos de servidão, mas, sim, das circunstâncias inerentes a cada caso concreto.

13. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 3.^a ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976. p. 340.

14. DROMI, José Roberto, "op. cit."

15. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 6.^a ed. atualizada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978. p. 571-572.

Em princípio, como ensina BIELSA, a servidão administrativa é indenizável, pois a proteção à propriedade alcança sua privação total ou parcial.¹⁶ A servidão, embora afete apenas o atributo da exclusividade, que deixa de existir, é uma privação parcial e, assim, em princípio indenizável.

Mas, intervém com rara argúcia HELY LOPES MEIRELLES, o que se indeniza não é a propriedade, mas o *prejuízo* eventualmente causado pelo uso público.¹⁷

Em resumo, remanesce para o Estado o dever de indenizar somente quando e na medida em que a instituição de uma servidão administrativa causar um prejuízo ao titular da propriedade privada. Isto, entretanto, somente pode ser verificado em cada caso concreto.

A existência de servidões não indenizáveis tem levado alguns autores a tomar como servidão administrativa casos que evidentemente são simples limitações administrativas. É o caso, por exemplo, das chamadas servidões de aeroporoto, que nada mais são do que a imposição de gabaritos máximos aos prédios situados no cone de aproximação dos aeroportos, sem que o Estado tome para si qualquer utilidade previamente existente, configurando tipicamente uma simples limitação administrativa e, como tal, insuscetível de geral para o Estado qualquer dever de indenizar.

Há situações nas quais ocorre uma enorme dificuldade para a identificação da existência de servidão ou simples limitação administrativa. É o caso, por exemplo, dos recuos laterais das rodovias e das ferrovias que, em alguns casos, não passam de simples áreas "*non aedificandi*", próprias do poder de polícia, mas que em outros casos vão mais além, configurando uma utilidade absorvida pelo Estado, na medida em que são úteis ou necessárias à segurança de aterros e taludes. Tais recuos laterais, portanto, dependendo das circunstâncias concretas, podem configurar simples limitações administrativas, como também servidão administrativa e, ainda, até mesmo desapropriação indireta.

Merece especial registro a hipótese de recuo determinado em função de um futuro alargamento de via pública, situação esta na qual ocorre o que LAUBADÈRE designa "*servitude de reculement*". Para atingir seu desiderato, a administração não está obrigada a desapropriar de imediato a parte afetada de todos os prédios existentes. É possível estabelecer apenas uma área de recuo, dentro da qual o proprietário pode realizar apenas obras de simples conservação ou manutenção, mas não pode efetuar reformas destinadas a prolongar a vida do imóvel ou aumentar sua solidez. Esta prática, entretanto, para LAUBADÈRE, vai além de uma simples limitação administrativa e configura uma servidão de recuo.¹⁸

16. BIELSA, Rafael, "op. cit.", p. 573.

17. MEIRELLES, Hely Lopes, "op. cit.", p. 573.

18. LAUBADÈRE, André de. "op. cit.", p. 156.

Tais considerações nos levam à convicção de que, em nível teórico, a única classificação válida é aquela que distingue as servidões administrativas em genéricas e específicas.

VI — A COMPETÊNCIA EM MATÉRIA DE SERVIDÕES ADMINISTRATIVAS

Quem é competente para instituir e para extinguir servidões administrativas? A esta pergunta não se pode dar uma resposta simples e objetiva, pois a competência é variável, conforme se trate de servidão administrativa genérica ou específica.

Como toda e qualquer atividade estatal, a instituição de servidões administrativas somente pode ser feita com base na lei. Ocorre, porém, que algumas servidões, as de caráter genérico, decorrem diretamente da lei, enquanto outras, as de caráter específico, embora não dispensem a fundamentação legal podem ser instituídas ou extintas das mais diversas maneiras.

Isto leva a uma necessária exposição das formas e meios de instituição e de extinção das servidões administrativas.

As servidões administrativas podem ser criadas por lei, por ato administrativo e, ainda, de fato.

No dizer de DROMI: “El origen de la servidumbre deve ser siempre por *ley formal*, y su imposición por *acto administrativo* de aplicacion.”¹⁹ Esta colocação se aplica inteiramente às servidões específicas mas esquece as servidões genéricas, com as quais, todavia não se choca, posto que elas também se originam da lei, mas dispensam qualquer ato de imposição.

A instituição de uma servidão por ato administrativo depende de previsão legal e pode ser feita mediante acordo com o proprietário ou sentença judicial. Após o ato de declaração, pode ou não haver oposição do proprietário, especialmente quanto ao valor da indenização. Não havendo oposição, está selado o acordo; havendo oposição do proprietário, deve a administração recorrer ao Poder Judiciário, pois a imposição de servidão administrativa não é auto-executória.

No Brasil o procedimento judicial de imposição de servidão administrativa está jungido ao processo expropriatório. Conforme afirma DIOGO DE MOREIRA NETO, caso o proprietário não aceite a indenização oferecida, o Estado só poderá efetivar concretamente a servidão administrativa com o acerto prévio do valor da indenização, em juízo, utilizando o processo da ação de desapropriação, inclusive no tocante à imissão provisória de posse.²⁰

19. DROMI, José Roberto, “op. cit.”.

20. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “op. cit.”, p. 298.

Como servidões administrativas instituídas de fato, estão aquelas que decorrem da acessão e da prescrição. A jurisprudência brasileira acolhe estas possibilidades, conforme ementa de acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo, em caso do qual foi relator o Des. FERREIRA DE OLIVEIRA: "As servidões administrativas se constituem por ato administrativo ou contratual, com intervenção do proprietário, e por fatos, entre os quais se admitem a acessão e a prescrição aquisitiva."²¹

A prescrição aquisitiva resulta do uso continuado de uma propriedade pela coletividade. Ocorre a acessão quando o Estado adquire um prédio dominante. No dizer de BIELSA: "Una servidumbre constituida sobre un bien privado se hace pública si la cosa a la cual sirve (prédio dominante) se convierte en pública."²²

Quanto às formas de extinção das servidões administrativas, a doutrina registra as seguintes: por lei, por desafetação, pela perda da coisa, por acordo e por confusão.

Aplica-se a extinção por lei, de maneira própria e direta, às servidões genéricas. Podem extinguir-se servidões específicas por lei, de maneira imprópria e indireta, no caso desta vir a proscrever e afastar do mundo jurídico algum gênero de servidão, recaindo os efeitos da norma sobre casos especificamente constituídos.

Desafetação é a retirada do uso público de um determinado bem. Servidão é o uso público de um bem alheio e, assim, retirando-se o uso desaparece a servidão. A desafetação pode ser expressa ou tácita, ou seja, declarada pela administração ou decorrente do puro e simples abandono de uso por um período prolongado.

Desaparece a servidão, também, pelo desaparecimento da coisa serviente, pois, logicamente, a perda total da propriedade acarreta necessariamente a perda de um de seus atributos, qual seja o uso.

Evidentemente, a extinção da servidão também pode ser feita por acordo. Cabe entretanto perguntar: caso a administração pretenda extinguir uma servidão por ato unilateral (mediante desafetação) pode o particular discordar? Para nós a resposta é negativa, com fundamento na supremacia do interesse público sobre o privado.

Ocorre a confusão quando a coisa serviente passa ao domínio da entidade pública que é titular da servidão, pois é um princípio jurídico consagrado aquele segundo o qual "*nemini res sua servit*", ou seja: não se pode constituir servidão sobre coisa própria.

21. SÃO PAULO. 2. Câmara Civil do Tribunal de Alçada. As servidões administrativas se constituem por ato administrativo ou contratual, com intervenção do proprietário, e por fatos, entre os quais se admitem a acessão e a prescrição aquisitiva. AC n.º 8761 de Casa Branca. Relator: Des. Ferreira Neto. Acórdão de 28 de fev. de 1955. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, (43): 264, jan./mar. 1956.

22. BIELSA, Rafael, "op. cit.", p. 413.

Em resumo, pode-se dizer que, em princípio, a competência para instituir servidões genéricas é apenas das pessoas jurídicas públicas dotadas de capacidade política (no Brasil: União, Estados e Municípios; na Argentina: Nación y Provincias), enquanto para a instituição de servidões administrativas específicas são competentes também as entidades descentralizadas dotadas de capacidade administrativa (como as autarquias) e ainda os concessionários de serviço público, desde que expressamente autorizados por lei ou contrato.

À guisa de conclusão pode-se dizer que o direito de propriedade ainda pode ser entendido como compreendendo os direitos de ter, usar e dispor, mas é certo que ele não tem hoje em dia caráter absoluto, eterno e exclusivo. As limitações administrativas recaem sobre o direito de ter e anulam o caráter absoluto. As desapropriações incidem sobre a faculdade de dispor, na medida em que correspondem a uma disposição compulsória, e o caráter eterno também desaparece. As servidões administrativas afetam a exclusividade e, embora não retirem o uso do proprietário, eliminam seu caráter exclusivo.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO ECOLÓGICO

SÉRGIO FERRAZ
Professor de Direito da Pontifícia
Universidade Católica
do Rio de Janeiro

Em fins de 1971, começos de 1972, escrevemos trabalho, na ocasião pioneiro no Brasil, sobre Direito Ecológico. Seis meses depois, víamos boa parte de suas conclusões transformadas em lei, quando o Governo Federal publicava decreto criador da Secretaria Especial do Meio Ambiente. Em seus considerandos havia a enunciação de uma série de teses, que havíamos proposto no trabalho pioneiro, publicado na *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. E mais, uma coincidência até espantosa: adiante era ditada, em Estocolmo, a “Declaração Internacional do Meio Ambiente”, onde três das 20 proposições estavam integralmente nas preocupações constantes de nosso trabalho. De toda maneira, o fato demonstrava que as preocupações nossas eram aquelas que existem discutidas por todos, enquanto cidadãos do globo, que vêem alarmadamente os grandes riscos, a irresponsabilidade, a falta de consciência na ausência de iniciativas que possam impedir a ação predatória do meio ambiente, cada vez mais presente, cada vez mais apavorante e cada vez contando com a maior conivência do Poder Público. Se não conivência comissiva, pelo menos gravemente omissiva, nos seus deveres fundamentais de vigilância e de segurança.

Antigas reformulações e preocupações, lançadas há anos, continuam atualíssimas. Praticamente nada se fez. Toda uma vastíssima bibliografia jurídica está sendo produzida pelo mundo afora, leis do maior valor, com vistas à preocupação de preservação ecológica; enquanto isso continuamos jungidos a interesses espúrios e soluções viciadas ou viciosas. Daremos um exemplo. Há pouco mais de dois anos, uma indústria altamente poluente, na cidade de Contagem, em Minas Gerais, fabricando cimento, chegou a tais níveis de ativi-

dade prejudicial à coletividade, que não obstante fosse ela a grande fonte de empregos, e talvez de maior arrecadação tributária para o Município, seu prefeito, a certo momento, se viu em face da contingência suprema: ou a sobrevivência dos cidadãos, ou a sobrevivência do erário. E entre as duas optou pela sobrevivência dos cidadãos, determinando, a início, um prazo para que a indústria adotasse instrumentos de segurança. E num segundo momento, quando desatendida esta prescrição, uma determinação de fechamento desta indústria. No instante em que uma atitude de tal coragem se toma, cumpria bater palmas pelo Brasil afora, pois comprovava-se a consciência ecológica despertada ao nível político. Eis a determinação administrativa fazendo eco às preocupações de todos nós cidadãos. Porém, a insensibilidade de muitos agentes administrativos não tardou a reagir, e em seguida era editado o Decreto-lei Federal 1413, afirmando que o fechamento de indústrias poluentes, no Brasil, só se faz por determinação do Governo Federal; atropelava-se, outra vez, o sistema constitucional de competência, subvertendo a essência do regime federativo, a consideração do peculiar interesse, determinante jurídico da atuação dos Municípios e dos Estados. Em seguida a este decreto-lei 1413, evidentemente, a fábrica de Contagem voltou a funcionar e continuamos a assistir à depredação de um ambiente que já não suporta mais tantas agressões impunes.

Chegará o dia em que para andar em São Paulo, por exemplo, teremos que usar as máscaras que já se vêem em Tóquio; chegará o dia em que nas grandes cidades, que estão cercadas por anéis industriais (que mais não fazem senão criar uma nova atmosfera profundamente agressiva ao homem e à sobrevivência) o êxodo será a única solução possível. Chegará esse dia, fatalmente, se não acordarmos para a realidade: a preservação ambiental não é problema que interesse isoladamente a cada um de nós, mas coletivamente a todos.

O fundamental é que desde já conscientizássemos que o patrimônio ambiental, bem ao contrário do que dizem os mais tradicionais juristas, não é "*res nullius*", mas "*res omnium*", coisa de todos. Todos temos interesse jurídico na preservação do ambiente. Por isso, todos temos, reconhecido pela ordem jurídica, direito subjetivo à tutela ambiental. Assim, devemos promover a atuação tutelar do Poder Judiciário, ou dos agentes administrativos, sempre que percebermos a existência de uma agressão contra a sanidade do ambiente em que estamos vivendo. Se não dermos essa dimensão ao tema, colaboraremos na construção de um mundo que não será vivido por seres humanos, como os conhecemos. Assistimos, de braços cruzados, à devastação da Amazônia. Uma devastação que se faz a nível nacional, internacional, da grande empresa multinacional e do Poder Público mesmo. Veja-se este último, por exemplo, construindo estradas faraônicas, que levam nada a parte alguma (como ocorre com a Transamazônica), com grave atentado à integridade do ambiente, até então existente. Ora são projetos mirabolantes, devastando a Amazônia, a troco da implantação de planos industriais que se revertem em grandes riquezas, não saberemos a quem aproveitarão. Ora são as grandes multinacionais, como a Volkswagen, que fazem desmatamentos extraordinários naquela área; a pretexto de quê? Às vezes, de replantio! Derrubar floresta virgem para replantar

exemplares vegetais que não têm pertinência com a integração sistemática, com o eco-sistema!

A Ecologia está diretamente ligada à sobrevivência. Esta fórmula é indissociável. Claro está que não bastaria se colocasse tão apenas a preocupação da preservação do ambiente tal como está, desligada de várias outras considerações que são imprescindíveis à cogitação do homem do direito. É indiscutível que vivemos em sociedades em crescimento, ao menos populacional. É indiscutível que os países do terceiro mundo apresentam uma alta taxa de crescimento demográfico. Se não adotarmos soluções Maltusianas, que para os países subpovoados, como o Brasil, são sem o mínimo sentido, haverá que buscar compatibilização entre os reclamos do progresso e a manutenção de um ambiente hígido onde possamos viver.

Assim, uma das principais metas do homem do direito, e do estadista, residirá em formular preceitos que garantam uma tutela ambiental, que garantam amplamente a qualquer cidadão a possibilidade de, ao se sentir ameaçado, buscar a proteção do direito, independentemente de considerações de legitimação lastreadas em critérios de mero prejuízo patrimonial. Até porque o patrimônio maior não é o mero patrimônio econômico mas o patrimônio de sobrevivência. O ordenamento jurídico tem que ser acordado para essa necessidade gritante, para a qual persistimos, entretanto, tragicamente adormecidos.

A expressão *dano ecológico* é tão sugestiva que poderia até dispensar preocupações maiores de definição. Poderemos, entretanto, para simples convenção, estipular como dano ecológico toda lesão defluente de qualquer agressão à integridade ambiental. O tema reflui, pois, necessariamente, para a sistemática da responsabilidade pela provocação desse dano. Como está o ordenamento jurídico brasileiro, neste particular? Como ele encara o dano ecológico? Como trata da responsabilidade por esse dano? Como ele induz a reparação subsequente a esse dano?

Digamos, sem qualquer hesitação, que é absolutamente insuficiente o esquema legal. O enfoque existente, no direito positivo brasileiro, é particularmente consignado no Código Civil. Na verdade, o Código Civil trata do problema à luz da solução para os conflitos de vizinhança, julgando imperioso que o vizinho reclame daquele que o perturba na convivência. É interessante notar que, em 1972, reuniu-se no Rio de Janeiro um Simpósio da *União Internacional dos Magistrados* onde se concluía, de maneira seguramente decepcionante, que era extremamente satisfatório o sistema de segurança ambiental, proposto pelo nosso Código Civil, lançado todo ele na consideração da problemática dos conflitos de vizinhança.

Não se pode, a rigor, adentrar a discussão da responsabilidade pelo dano ecológico sem se lançar, de pronto, certas idéias, que denominaria *fundamentais*. Três preocupações básicas, pelo menos, o Direito terá de consignar, se quiser dar um tratamento sério e consistente aos problemas da agressão ecológica. Sabido é que os atentados à integridade do ambiente, em países em desenvolvimento, se processa, sobretudo, através da instalação de indústrias poluentes, que importam necessariamente num grande investimento de capital e de "know-

how"; a seu turno, geram elas riquezas tributárias e empregos para a coletividade; a busca da compatibilização, entre um dado e outro, se apresenta como absolutamente inafastável. Daí que a primeira formulação relevante, que se há de fazer, repousa em reformular o instrumento jurídico que admite o funcionamento de indústrias em qualquer lugar. Hoje quem queira construir uma indústria, deverá obter uma licença de construção. E essa licença de construção, superados os trâmites precedentes à sua concessão, importa na atribuição de um direito subjetivo, que só pode ser removido nas hipóteses excepcionalíssimas previstas no ordeuamento jurídico, entre as quais a desapropriação: na realidade um conceito profundamente enraizado numa concepção sagrada, sacralista, de propriedade, que não pode mais existir até porque o próprio texto constitucional afirma que a propriedade é uma função social. Se na constituição a propriedade existe justificada como função social, desde o momento em que ela perca este conteúdo social, não seria admissível, quer no plano da simples lógica, quer no plano do raciocínio jurídico, que a mera acessão a um imóvel, seja a que preço for, de instalações sejam quanto onerosas sejam, determine o sacrifício de todos os demais valores que possam compor a idéia de função social da propriedade. Daí propormos que o instrumento jurídico, a admitir a execução de empreendimentos que possam eventualmente verificar-se como agressivos, à higidez ambiental, nunca deveria ser o da licença, mas o da simples permissão a título precário, unilateralmente revogável, sempre que considerações de natureza maior (qual seja a da própria sobrevivência do homem) recomendarem a erradicação da construção.

A segunda formulação, para o reenfoque ecológico do Direito, seria a positivação de um direito público subjetivo à tutela ambiental: todo e qualquer cidadão estaria legitimado, de plano, a promover a atuação dos poderes competentes no sentido de assegurar a integridade do ambiente. Cremos que não é necessária a lesão patrimonial, nem é preciso que haja prejuízo direto e imediato. Assim, eu poderia, dentro desse esquema idealmente imaginado, propor uma ação contra o Poder Público, que resolvesse construir uma estrada discutível na Amazônia, sem estar ali residindo e sem pensar sequer em para lá mudar meu destino ou domicílio. E não só eu: enquanto a Amazônia é uma reserva atmosférica, para o nosso planeta, na realidade, qualquer cidadão do mundo deveria estar legitimado a procurar uma atuação no Poder Judiciário do Brasil, contra um ato administrativo brasileiro, que tivesse permitido uma agressão à integridade da Floresta Amazônica. Estaríamos, pois, desligando da formulação de propriedade qualquer conteúdo egoístico. Não é mais o vizinho lesado conforme o Código Civil prevê: é o cidadão consciente, que quer e faz com que funcionem os órgãos competentes para a preservação ambiental.

A terceira idéia resulta em que o instituto da desapropriação sofresse uma reformulação, deduzida a preocupação ecológica que haveria de manifestar. Se o artigo 161 da constituição brasileira permite, para a racionalização da economia, que o latifúndio rural improdutivo seja desapropriado de uma forma menos onerosa para o Poder Público (títulos da dívida pública, com correção monetária), com muito mais razão deveria ser admitido esse mesmo processo

de desapropriação, ou outro análogo, quando se tratasse do bem maior, que é a racionalização da nossa vida, da sobrevivência.

Haveria, portanto, toda uma organicidade jurídica, para a preocupação conservacionista. E uma vez estipulada esta organicidade jurídica, o tema da responsabilidade civil, decorrente do dano ecológico, deveria sofrer cuidado expresso, regência expressa, com preocupação e princípios próprios e peculiares.

Mas não estamos em face desse sistema positivo ideal de Direito. O que temos é o sistema do Código Civil, com preocupações privatistas; o que temos é uma idéia de função social da propriedade, que ainda é muito mais rotular, do que efetiva.

O ponto de partida, para uma reforma desse estado de coisas, reside em nós mesmos. Cabe a cada um de nós manifestar inconformismo com a inação (e, às vezes, com a ação) governamental. Não só, ou necessariamente, no patamar judicial. Também é eficaz difundir nossa irresignação junto aos corpos associativos das coletividades, perante as repartições administrativas e junto aos órgãos da imprensa. Foi assim, por exemplo, que se iniciou a construção, em França, de uma pletórica ordem jurídica ecológica, através dos motivos deduzidos pelo cidadão alerta do dia-a-dia, e de uma consciência poderosa de uma imprensa sempre livre. Assim surgiram os pleitos que são, hoje, tópicos dos repertórios de jurisprudência, a servirem de inspiração para todos nós. Ora são os donos de hotéis de Nice, que ajuízam ação contra a municipalidade, por causa da permissão da construção de um Aeroporto que acabou por acarretar grave dano à atividade turística da cidade. Ora são pequenos criadores e agricultores, que acionam a *AIR FRANCE*, pela construção do *Aeroporto Super-sônico Charles de Gaulle*. Ora são os criadores vizinhos, que entram com ação contra a municipalidade porque um caminhão que transportava ácido, certo momento, a uma irregularidade do terreno, tombou à margem da estrada e com isso derrubou o conteúdo num regato que fazia a irrigação agrícola da região. Ora é ainda o cidadão francês, o pescador francês que vê aquele riacho, onde havia um grande banco de peixe, subitamente prejudicado com despejos industriais que são feitos diretamente sem qualquer tratamento, prejudicando toda uma fauna e toda uma flora que era a própria razão de subsistência no local.

Não se fará, seguramente, qualquer passo à frente, no tema da responsabilidade pelo dano ecológico, se não compreendermos que o esquema tradicional da responsabilidade subjetiva, da responsabilidade por culpa, tem que ser abandonado. Esta realmente a pedra de toque. Dois possíveis agressores ao ambiente ecológico se podem propor. Ou o poder público ou o particular. O poder público, de acordo com o artigo 107 da Constituição Federal Brasileira, é responsável, *objetivamente*, pelo dano que seus agentes nesta qualidade praticam. Não se indaga do nexó subjetivo de intenção. Não é relevante que o agente administrativo tenha querido prejudicar; basta que ele tenha prejudicado: responsabilidade objetiva. É muito interessante esta expressão: *responsabilidade civil* do Estado. Poderia parecer semanticamente uma contradição. Mas não: ela pretende que o Estado é responsável pelos seus atos, como qualquer cidadão. Ela resulta historicamente de uma evolução da absoluta irresponsabi-

lidade do Estado até a responsabilidade objetiva dos nossos tempos. É uma evolução lenta, em muitos países recente, alguns deles dos mais avançados países do mundo. Entre nós acertado, desde o texto constitucional de 1946, o princípio da responsabilidade objetiva do Estado. Se assim é, quando é o Estado quem promove o dano, assim não é, pelo menos, em termos de direito legislado, quando é um particular que provoca o dano. A responsabilidade do particular é jungida ao Código Civil. E no Código Civil, a idéia matricial é a da responsabilidade subjetiva.

Pois bem, se o Estado responde objetivamente, não há como admitir a sobrevivência desse preceito do Código Civil Brasileiro com relação ao particular, na medida em que esteja envolto o interesse público marcante. Seria tratar desigualmente entes que, pelo menos de acordo com o artigo 153, devem, no plano das idéias, ser tidos como iguais.

As pessoas ideais e as pessoas físicas, no momento em que ambas impliquem, com suas atividades, prejuízos à coletividade, devem ser igualmente responsabilizadas, sob pena de quebra do padrão de isonomia, que é uma das regras fundamentais do ordenamento constitucional.

Quero significar, com isso, que qualquer cidadão deve ser responsabilizado objetivamente pelos prejuízos que acarreta ao patrimônio ecológico, tal como o Estado é. Tal como o Estado é chamado objetivamente ao Tribunal, por invocação do artigo 107, igualmente o cidadão deve ser objetivamente chamado.

Quais são as conseqüências, qual é a implicação que a adoção de uma teoria de responsabilidade objetiva traria? Em primeiro lugar, prescindir-se-ia da prova de intenção lesiva no ato. Não é necessário que se prove a intenção de lesar, a intenção de prejudicar. Basta o simples ato prejudicial, para que haja responsabilidade do agente.

Em segundo lugar, a inversão do ônus da prova. Parte-se da presunção de que o agente causou o prejuízo. Não se precisa provar esse dado. É o agente quem vai procurar uma excludente de responsabilidade. Alega-se o prejuízo, e pela simples alegação já se tem o fato como presumidamente comprovado, cabendo ao agente lidar com todas as dificuldades da geração probatória. É exatamente o que Savatier já preconizara: a socialização do risco, e do prejuízo. A socialização do dano torna necessário, como outra face da moeda, que haja uma socialização da responsabilidade também. Se o dano é disseminado, como acontece exatamente no prejuízo ecológico, por toda uma coletividade, claro está que a imputação desta responsabilidade não pode mais ficar adstrita tão apenas aos requisitos subjetivos e individualistas, até então existentes. É preciso também que se parta, correlatamente, para uma imputação objetiva, que possa levar ao caminho mais concreto, para se apontar o responsável, e nele descarregar o ônus, o encargo, o peso da sua atividade lesiva à coletividade.

Não temos dúvida em dizer que o próprio esquema da responsabilidade objetiva tem que ser, por seu turno, encarado com uma certa ousadia. É verdade que o artigo 107 fixa uma responsabilidade objetiva. É verdade que há várias correntes doutrinárias de responsabilidade objetiva: do fato da coisa, do risco de serviço; do risco criado; do risco integral. A doutrina e a jurisprudência

dência têm afirmado uma certa repulsa ao princípio do risco integral, considerando que não é possível que o simples fato da administração impute responsabilidade ao Poder Público.

Creio que, em termos de dano ecológico, não se pode pensar em outra colocação que não seja a do risco integral. Não se pode pensar em outra malha, senão a malha realmente bem apertada que possa, na primeira jogada da rede, colher todo e qualquer possível responsável pelo prejuízo ambiental. É importante que, pelo simples fato de ter havido a omissão, já seja possível enredar agente administrativo e particulares, todos aqueles que de alguma maneira possam ser imputados ao prejuízo provocado para a coletividade. Isso implica dizer que a culpa, ou o proveito do terceiro, que invoca a proteção jurisdicional, duas figuras que classicamente acabam por excluir a responsabilidade objetiva, não devem ser contempladas em termos de dano ecológico. E mesmo a força maior deveria ser excepcionalmente contemplada. Daremos dois exemplos. O primeiro dirá respeito à força maior. Suponhamos ainda uma vez a região Amazônica, uma das grandes e últimas reservas florestais neste País. O Poder Público permite ou, até mesmo, toma a iniciativa da construção de uma estrada, ali. Subitamente, a Corrente de Humboldt muda o seu rumo, em razão de algum cataclisma possível de ocorrer no Oceano Pacífico, provocando, com isso, um desequilíbrio em toda a infiltração das massas frias, que chegam através dos Andes. E essas condições climáticas, encontram, de repente, campo propício para um fator altamente desagregador do meio ambiente, em razão da destruição que a estrada provocou. Como admitir alegar força maior? A estrada, em si, ao menos no nosso exemplo, poderia não ser fator de agressão. Mas um fato de impossível previsão encontrou na estrada, campo propício para grave dano ecológico. Ora, ao admitir ou executar sua construção assumiu a administração um *risco integral*, pelos eventuais prejuízos que adviessem.

Essa participação, porém mínima que seja, já deve ensinar a possibilidade da responsabilização do agente, público ou particular.

Também o proveito do terceiro, ou a própria co-participação de terceiro que reclama, não deve ser considerada como fator de exclusão da responsabilidade do agente predatório, seja ele de direito público, seja ele de direito privado. Segue outro exemplo. Um cultivador de vinhas, que irrigava o seu terreno com água que vinha de um regato próximo, cuja limpidez era absolutamente garantida, a certo instante realizou obras na sua casa e fez com que passassem por esse regato, pelo menos em certo momento, alguns dos despejos domésticos. Em determinado instante, esse proprietário vem a juízo, pela razão de que, um caminhão com ácido passando por uma estrada, cai num buraco e tomba sobre o terreno do cultivador derramando o seu líquido altamente poluente e agressivo naquela corrente de água. Dirá o Estado: — o curso de água já estava contaminado. O despejo doméstico, realizado pelo proprietário, já significava uma agressão àquele bem, àquela preservação ambiental pela qual ele tinha de zelar.

O Conselho de Estado Francês, em hipótese semelhante, afirmou que essa causa de exclusão era absolutamente inidônea e irrelevante. Porque em tema de dano ecológico, e isto ficou desde então lançado como jurisprudência, o acréscimo dos fatores funciona com progressão geométrica. E o resultado

geral que ele atinge é em geral imprevisível. E mais do que isso. Ele só se desdobra no curso do tempo. O acórdão inclusive fazia remissão à idéia do prejuízo decorrente do ruído. Dizia: dependendo da sensibilidade maior ou menor das pessoas, um aspirador de pó pode ser tão perturbador quanto a decolagem de um Concorde. Mas na realidade, um aspirador de pó jamais tem um fator repetitivo de agressão acústica, que um campo de pouso pode realmente provocar. Um campo de pouso, quando começa a funcionar, não gera no seu primeiro dia, neuroses. Ao cabo de 15 dias a população limítrofe já está quase toda neurotizada. Da mesma maneira: derramamento de ácido no rio promove um dano ecológico, que seja ou não seja somado a outros fatores, é de imprevisível conseqüência final, mas de progressão geométrica, na previsão desses prejuízos. É realmente impossível saber desde já se aquele ácido vai penetrar na terra, se vai estragar os vegetais que lá estão plantados, se vai continuar dentro do curso d'água, não se misturando à água, e por isso se projetando para extensões muito amplas do território, se vai chegar ao mar (com isso prejudicando a fauna e a flora marinha); então, cada ato de agressão merece um tratamento quase que peculiar, sem que se procure justificá-la pelo fato de antes já ter existido uma outra causa que havia depreciado o ambiente. Em termos de preservação ambiental, todas as responsabilidades se somam; nenhuma pode excluir a outra. E esta colocação abre realmente perspectivas extraordinárias, no sentido da solidarização do risco social, em termos de dano ecológico. Exatamente aquilo que dizia Savatier: solidariedade nos prejuízos, sim, mas também solidariedade nas responsabilidades. De sorte que quem quer que tenha concordado, por ação ou omissão, saiba que cedo ou tarde poderá ser recolhido nas malhas da Lei.

As conseqüências da implantação da responsabilidade objetiva podem ser sumarizadas em cinco itens, alguns dos quais já foram tratados aqui, mas que neste momento serão equacionados.

A primeira é a irrelevância da intenção danosa. É absolutamente irrelevante para o sistema da responsabilidade objetiva, qual tenha sido a pretensão ou a intenção do agente. Basta um simples prejuízo.

A segunda é a irrelevância também da mensuração do subjetivismo. Ou seja, não é relevante que a intenção danosa possa ser repartida por muitas pessoas. O importante é que se vá buscar algumas dessas pessoas. O importante é que todas aquelas, que possam ser identificadas, sejam colhidas, pouco molestando que algumas tenham escala maior de participação no dano, do que outras. O importante é que, nonexo de causalidade, alguém tenha participado e tendo participado, de alguma sorte, deve ser apanhado nas tramas da responsabilidade objetiva.

A terceira é a inversão do ônus da prova, assunto já antes abordado.

Outro ponto a considerar: a irrelevância da licitude da atividade. Essa foi uma linha de defesa muito seguida, sobretudo nos Estados Unidos. Quando apareciam pretensões contra alguém, que se tinha instalado provocando agressão no meio ambiente, a licitude, não só da atividade, mas do seu exercício, era freqüentemente colocada como tônica excludente de responsabilidade. Ou era uma indústria que se revelava como poluente, e que se dizia legitimamente auto-

rizada a funcionar; ou então que dizia ter adotado todos os mecanismos de segurança e de preservação, e que, não obstante, continuava a poluir. Pouco interessou para as cortes americanas, a partir de certo momento, esta evocação de licitude do comportamento. O que interessa é o prejuízo. Lembramos a célebre lição, contra a *Air France*, no caso do *Aeroporto de Nice*. Na construção do *Aeroporto de Nice*, os moradores das imediações acionaram a *Air France* e a municipalidade de Nice (porque teria permitido a construção do Aeroporto naquela região). A defesa da *Air France* foi lançada no sentido de que havia adotado, no comando das suas aeronaves, todas as precauções possíveis para causar o mínimo de prejuízos acústicos. E mais ainda, que a atividade de atuação de uma empresa aérea é perfeitamente legítima, desde que conforme aos mandamentos que regem o transporte aéreo em cada país. Não obstante todas estas alegações, o Conselho de Estado não teve dúvida em considerar procedentes os reclamos e determinar a reparação àqueles que haviam formulado a reclamação. É verdade que, no caso, houve um complicador: uma alegação, feita pela empresa, de que havia adotado todos os mecanismos de prevenção de ruído, tecnicamente possíveis naquele momento da construção aeronáutica. A prova pericial acabou por demonstrar que isso não era verdade e que as aeronaves de então, como as de hoje, poderiam, se desejassem, adotar outros métodos e equipamentos de eliminação de ruído, mas que implicariam, por seu turno, agravamento do preço do veículo. E ela havia optado pelo não agravamento do preço. Mas, mesmo colocada de lado esta circunstância (que foi levada em conta na sentença) também já se chegaria à responsabilidade da *Air France*, pelo simples fato de que o Conselho de Estado repeliu a tese da licitude da atividade e do seu exercício, como sendo excludente de responsabilidade. O que interessa é que a atividade danosa ecologicamente quebra o princípio do equilíbrio dos cidadãos, perante os encargos públicos e sociais, uma aplicação engenhosa do princípio da isonomia, do princípio da distribuição das cargas públicas. Desde então, o Conselho de Estado fixou a regra, de que sempre que alguém é designadamente sobrecarregado com um ônus ambiental, tem direito a uma reparação, e se responsabiliza quem quer que tenha concorrido, para o particular desequilíbrio.

O último dado relevante, dessas conseqüências da adoção do sistema de responsabilidade objetiva, repousa na idéia de que a atenuação do relevo do nexos causal tem que ser assumida. Não deve haver uma grande preocupação em relacionar a atividade do agente com o prejuízo. Basta que, potencialmente, a atividade do agente possa acarretar prejuízo ecológico, para que se inverta imediatamente o ônus da prova, para que imediatamente se produza a presunção da responsabilidade, reservando, portanto, para o eventual acionado o ônus de procurar excluir sua imputação.

Todas essas preocupações acabariam por encontrar, no ano de 1972, uma formulação documentada da mais alta relevância. Trata-se da *Declaração do Meio Ambiente*, ditada pela ONU (UNESCO) em 1972, em Estocolmo. Esta declaração, dividida em vários itens da mais alta relevância, consigna um que parece absolutamente fundamental. É o de que, além dos direitos que tem o homem a uma vida digna, a uma vida livre, tem direito também ao meio am-

biente sadio. É o artigo 1.º da declaração de Estocolmo: “Todo ser humano tem direito a um ambiente sadio em que possa viver”.

A Declaração de Estocolmo, portanto, acordou uma consciência universal, para a idéia da proteção ambiental; e da necessária tutela subjetiva, que daí deve necessariamente decorrer. Claro está que a força desse documento reside muito mais no mundo das idéias, do que no mundo da factibilidade. Imprescindível é, para que essa proteção não se transforme em mais uma recomendação das muitas que conhecemos, e que não se aplicam (por exemplo, integridade física do cidadão, liberdade de manifestação de idéias, liberdade do pensamento propagado, enfim, a liberdade de reunião, de associação), que o Direito Positivo de cada país também a consagre.

Na verdade, no Brasil não encontramos ainda um Direito positivo centrado em preocupações ecológicas. Vemos que todos os Estados têm, em geral, e muitos Municípios também, normas de proteção ao ambiente. São normas fragmentadas. Ora é a proteção contra ruídos; ora é a proteção de mananciais, sem que haja uma linha de unicidade que se possa constatar no sistema. A União Federal age idênticamente. E mais: chama a si, exclusivamente, conforme vimos, numa absurda evocação à letra “c” do artigo 8.º, XII da Constituição Federal, a prerrogativa para fechar estabelecimentos poluentes, em todo o país. Há portanto uma colcha de retalhos, uma falta de unidade, que está exatamente a traduzir a ausência de uma consciência pública e privada da necessidade de preservação ambiental. Realmente fundamental, essencial, é a formação de uma conscientização da necessidade da preservação ambiental. Como se promove essa consciência? Numa época em que a comunicação de massa é tão fácil, é tão utilizada para sentidos de deformação, não seria difícil, a administradores de boa fé, bem intencionados e bem fundamentados tecnicamente, induzir uma consciência pública quanto à necessidade de preservação.

O problema é que não basta conscientizar o povo; é preciso que se conscientize sobretudo o próprio Poder Público. É preciso que ele não exerça o papel de degradações do ambiente, que infelizmente ele exerce. E com muito mais força do que qualquer cidadão. Eu posso poluir um riacho. O Poder Público pode acabar com a Floresta Amazônica. A desproporção do poder de agressão que tem o Poder Público, em face do particular, realmente é imensa. Não basta promover a consciência privada, se também não estiver instaurada a consciência pública. Não basta promover a consciência privada, se não se dá uma série de organismos estatais, dedicados ao problema, órgãos administrativos e órgãos judiciários. E órgãos, uns e outros, dotados de independência, para que se possa, realmente, promover uma tutela ambiental.

Mas haveria possibilidade, entretanto, de mesmo sem essa conscientização despertada, mesmo sem o Poder Público consciente dedicar-se àquilo que é uma das suas tarefas primordiais, darmos grandes passos adiante. E é este nosso apelo final. Na realidade, cremos que o grande poder do Estado é o Poder Judiciário: primeiro, porque é o poder desarmado; segundo, porque é o Poder que lida com o material fundamental da convivência, que é a lei, aplicando-a aos casos litigiosos. O poder desarmado, que lida com a aplicação da lei, tem um papel, na constituição da sociedade, ímpar, pioneiro na construção

de novos arcabouços jurídicos. Na verdade, no momento em que há uma tão grande defasagem no direito positivo, nos ditames administrativos de preocupação ambiental, cabe a nós como cidadãos, em cada momento que detectarmos uma agressão dessa natureza, procurar a tutela judicial. E cabe ao Poder Judiciário ousadamente, construindo, como fez tantas vezes no Direito de Família, abrindo realmente um campo extraordinário de proteção à mulher, antes mesmo que a lei lá chegasse; no campo da reparação pelo ato ilícito, criando a possibilidade, por exemplo, de correção monetária, sem que haja, inclusive, lei, dizendo textualmente que assim é, mas procurando descobrir no espírito da lei um conteúdo novo que pudesse ser adequado à nova realidade social; cabe ao Poder Judiciário, repetimos, oferecer a cabal resposta.

Esse é um desafio ao qual o jurista dos novos tempos não pode restar insensível. Caberá a ele, mais uma vez, como tem ocorrido em vários momentos da vida nacional, proclamar esse novo valor supremo, e dar-lhe condições de incontornável observância por todos nós.

A LICITAÇÃO NAS ENTIDADES PARAESTATAIS *

HELLY LOPES MEIRELLES
Professor e advogado em São Paulo

O estudo da licitação nas entidades paraestatais exige se fixem previamente o conceito e as características dessas entidades, indicando as suas modalidades ou espécies dentro do gênero a que pertencem, para, ao depois, analisarmos o modo e forma de suas contratações e o procedimento seletivo conveniente para a escolha de seus contratantes.

Ê o que faremos a seguir.

I — CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DAS ENTIDADES PARAESTATAIS

Entidade paraestatal — já o dissemos em estudo anterior — é toda pessoa jurídica de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, com patrimônio público ou misto, para a realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado. Não se confunde com autarquia, nem se identifica com entidade estatal.

O étimo da palavra *paraestatal* está indicando que se trata de ente disposto *paralelamente* ao Estado. Ao lado do Estado, para executar cometimentos de

* Exposição apresentada ao "Seminário Nacional sobre Empresas Estatais" promovido pela "Fundação Dom Cabral", da Universidade Católica de Minas Gerais, em Belo Horizonte, de 16 a 19 de novembro de 1977.

interesse do Estado, mas não privativos do Estado. Enquanto as autarquias são incumbidas de atividades públicas *típicas*, as entidades paraestatais prestam-se a executar atividades *atípicas* do Poder Público, mas de utilidade pública, de interesse da coletividade, e, por isso, fomentadas pelo Estado, que autoriza a criação de pessoas jurídicas com personalidade privada para realizar tais atividades com o apoio oficial.

O paraestatal não é o estatal, nem é o particular: é o meio termo entre o público e o privado. Justapõe-se ao Estado sem o integrar, como o autárquico, ou alhear-se, como o particular. Tem personalidade privada, mas realiza atividades de interesse público, e, por isso, os atos de seus dirigentes, revestindo certa autoridade e gerindo patrimônio público, expõem-se a determinados controles administrativos e sujeitam-se a mandado de segurança e a ação popular.

Como pessoas jurídicas de direito privado, as entidades paraestatais exercem direitos e contraem obrigações em seu próprio nome, saldando seus compromissos em condições idênticas às das empresas particulares. Não sendo um desmembramento do Estado — como não são —, as entidades paraestatais não nascem com privilégios estatais, só auferindo as prerrogativas que lhes forem conferidas expressamente em lei. Em contrapartida, as entidades paraestatais desfrutam de maior liberdade de atuação para a consecução de seus objetivos estatutários e empresariais. Daí a *inexigibilidade de licitação*, pelo que não se pode dizer que tenham um regime jurídico uniforme e legislado para suas contratações, podendo fazê-las na forma de seus estatutos, regulamentos e deliberações da diretoria, como veremos mais adiante.

Antes, porém, merece lembrar que o *paraestatal* é o gênero do qual são espécies ou modalidades a empresa pública, a sociedade de economia mista, os serviços sociais autônomos, e as fundações instituídas pelo Poder Público, as duas primeiras (empresa pública e sociedades de economia mista) integrando a chamada *administração indireta* e as demais constituindo a categoria dos *entes de cooperação* com o Estado (cf. nosso “Direito Administrativo Brasileiro”, ed. RT, São Paulo, 5.^a ed., 1977, ps. 319 e segs., e 734 e segs.).

II — LIBERDADE OPERACIONAL DAS ENTIDADES PARAESTATAIS

A liberdade operacional das entidades paraestatais, especialmente das empresas públicas e das sociedades de economia mista decorre de sua assemelhação às empresas privadas, por preceito constitucional que assim dispõe: “Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações” (Const. Rep., art. 170, § 2.º).

Essa disposição constitucional tem um duplo objetivo: 1.º) dar a tais entidades maior flexibilidade operacional que aos órgãos estatais; 2.º) nivelá-las,

em direitos e obrigações, às organizações congêneres, da iniciativa privada, impedindo, assim, a concorrência desleal das empresas do Estado às empresas particulares.

Para atingimento do primeiro objetivo, essas organizações, embora instituídas pelo Poder Público, ficam desvinculadas da rigidez das normas administrativas do Estado, para só se sujeitarem à lei especial de sua instituição e às regras organizatórias e operacionais de seu estatuto e, agora, ao controle de contas na forma específica da Lei n.º 6.223, de 14 de junho de 1975. Seus métodos operacionais são os das empresas privadas; seus negócios admitem lucro; seu pessoal é empregado da empresa, regido em tudo e por tudo pela Consolidação das Leis do Trabalho e pelas normas acidentárias e previdenciárias comuns. Somente para fins criminais, quanto às infrações relacionadas com a função, é que seus dirigentes e empregados são equiparados a funcionário público, por expressa determinação do parágrafo único do art. 327 do C. Pen., que reza: "Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal." Por igual razão, os atos de seus dirigentes, quando ofensivos de direito individual, líquido e certo, sujeitam-se a mandado de segurança, por conterem delegação do Poder Público (Lei n.º 1.533/51, art. 1.º, § 1.º), e, se ilegais e lesivos do patrimônio público, podem ser invalidados por ação popular (Lei n.º 4.717/65, art. 1.º).

Para consecução do segundo objetivo (igualdade com as empresas de iniciativa particular), as entidades paraestatais, notadamente as empresas públicas e as sociedades de economia mista, nascem despidas de privilégios estatais e de poder de império, só auferindo as prerrogativas que lhe forem concedidas por lei especial, necessárias ao pleno desempenho de suas finalidades estatutárias.

Delineada, assim, a organização e a forma de atuação das entidades paraestatais, como justificativa para sua maior liberdade operacional, vejamos o modo de suas contratações para obras, serviços, compras e alienações de seus bens, indicando-se o procedimento seletivo conveniente à escolha de seus contratantes.

III — INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NAS ENTIDADES PARAESTATAIS

No consenso da doutrina e da jurisprudência pátrias não é exigível licitação nas entidades paraestatais, para qualquer de suas contratações. A regra é a *livre escolha de seus contratantes*, ou seja, a contratação direta com empreiteiros, fornecedores e adquirentes de seus bens e produtos; a exceção é a *licitação formal*, do DL n.º 200/67; o conveniente é o *procedimento seletivo simplificado*, estabelecido no regulamento da entidade.

Em monografia sobre o assunto, já escrevemos que a licitação, em princípio, é obrigatória para as entidades públicas (*estatais e autárquicas*), não o sendo para as entidades privadas (*paraestatais*), e justificamos essa diversidade de tratamento porque as pessoas jurídicas de direito público estão sujeitas a normas de operatividade mais rígidas do que as pessoas jurídicas de direito privado, embora a serviço do Poder Público. Realmente, não se pode confundir a União, os Estados, os Municípios e suas autarquias, que operam em moldes estritamente públicos, com as demais entidades que prestam serviços públicos ou realizam atividades de interesse público, mas em regime de direito privado (civil ou comercial). Para aquelas a licitação é obrigatória; para estas, é facultativa (cf. nosso "Licitação e Contrato Administrativo", ad. RT, São Paulo, 3.^a ed., 1977, ps. 95 e segs.).

Daí por que o legislador federal, avisadamente, só sujeitou as entidades públicas ao sistema de *licitações públicas* do DL federal n.º 200/67 (arts. 125 a 144), atento ao já citado mandamento constitucional de que "as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações." (Const. Rep., art. 170, § 2.º), o que está a indicar que estas entidades podem realizar suas contratações sem licitação. Nada impede, entretanto, que lei especial lhes imponha a obrigatoriedade da licitação pública, fazendo incluir essa obrigação em seu estatuto, ou que a própria diretoria assim o delibere, inserindo-a no regulamento da empresa, ou decida em cada caso pelo procedimento licitatório, indicando a norma legal a ser observada. O que convém acentuar é que as pessoas jurídicas de personalidade privada, como são as entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais e serviços sociais autônomos) não estão *originariamente* sujeitas à licitação pública, que a lei geral só impõe às entidades estatais e autárquicas, na sua imprópria menção à "administração direta e autarquias" (DL n.º 200/67, art. 125).

Diante dos textos da Constituição e da lei federal supra-referidos, a doutrina acordou no entendimento de que a licitação pública não é exigida para as contratações das entidades paraestatais, como já havíamos dito antes, no primeiro comentário sobre as novas normas licitatórias (cf. nosso estudo "O Procedimento da Licitação", in "Estudos sobre a Lei Paulista 10.395/70", Ed. CEDRO, São Paulo, 1970, pgs. 9 e segs.), e repetimos em todas as edições de nosso "Licitação e Contrato Administrativo", até a atual (3.^a ed., 1977, ps. 95 e segs.), no que fomos seguidos pelos demais autores que abordaram o assunto (cf. ANTÔNIO MARCELLO DA SILVA, "Contratações Administrativas", São Paulo, 1971, ps. 10 e 167; CAIO TÁCITO, in RDA, 113/350; ARNOLDO WALD, in RDA, 118/452; CARLOS MEDEIROS SILVA e VICENTE RAO, in pareceres ao Metrô de São Paulo, respectivamente, de 3.1.1972 e 12.1.1972).

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo, nos dois únicos casos em que a questão já foi levantada, decidiu pela inexigibilidade de licitação pública de entidade paraestatal, admitindo, como sustentamos em ambos os casos, a contratação direta ou a seleção de contratantes por procedimento sim-

plificado e adequado às peculiaridades da empresa. Assim foi julgado em mandado de segurança impetrado e denegado, contra o Metrô de São Paulo e em mandado de segurança impetrado e denegado, contra a DERSA - Desenvolvimento Rodoviário S/A. No primeiro caso, a eg. Câmara disse às expressas: "A obrigatoriedade de licitação só abrange a chamada administração direta e as autarquias, liberando de concorrência as sociedades de economia mista, pertencente à administração indireta" (do acórdão no agravo de petição n.º 206.895, da 3.ª Câmara Civil, *in* RT, 431/130); no segundo julgado, a Colenda Câmara, embora não dizendo com a mesma precisão do v. acórdão anterior, declarou: "Vale, porém, lembrar que a observância apenas dos princípios do instituto (licitação) é que tem bastado, por não haver razão essencial a que se apliquem mecanismos licitatórios iguais. O contrário é que parece ajustar-se à natureza de entidades como a DERSA, além de outras semelhantes, que tenham estrutura autônoma diversa das dos serviços centralizados ou autárquicos. O procedimento adotado pela impetrada (procedimento seletivo simplificado), ajusta-se às garantias adequadas a um mecanismo licitatório" (do acórdão na apelação cível n.º 257.834, da 5.ª Câmara Cível, julgada em 10.3.1977, ainda não publicado em repertório de jurisprudência).

Uniram-se, assim, as afirmações da doutrina e da jurisprudência na sustentação de que as entidades paraestatais *não estão sujeitas à licitação* para suas contratações, *podendo realizá-las facultativamente*, nos termos do DL n.º 200/67 ou da lei local a que se subordinarem, caso em que ficarão inteiramente vinculadas aos seus preceitos, como *poderão contratar diretamente* suas obras, serviços e compras, ou, ainda, realizar uma *seleção simplificada* e adequada às peculiaridades da empresa, sendo esta, a nosso ver, a conduta recomendável para preservação da moralidade administrativa e atendimento dos objetivos estatutários.

IV — CONVENIÊNCIA DE UMA SELEÇÃO SIMPLIFICADA DE CONTRATANTES, COM OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

Se é certo que as entidades paraestatais não estão obrigadas, pela lei geral (DL n.º 200/67) à licitação formal das entidades públicas (estatais e autárquicas), não é menos certa a *conveniência* de um procedimento seletivo simplificado para suas contratações, no qual se observem os princípios (não as normas) da licitação administrativa. A propósito, criticando a liberalidade da atual legislação em relação às paraestatais, sugerimos que a licitação constituísse a *regra* para toda a administração, direta e indireta, abrangendo as contratações das empresas públicas e das sociedades de economia mista, e, até mesmo, das fundações instituídas ou subvencionadas pelo Poder Público, mas abrindo-se as *exceções* para os casos de justificada conveniência negocial, e impondo-se, como

regra, a escolha de contratantes por *procedimentos seletivos simplificados*, adequados ao objetivo estatutário de cada entidade (cf. nosso "Licitação e Contrato Administrativo", ed. RT, São Paulo, 3.^a ed., 1977, ps. 25-26). Mas ainda não é assim. O nosso direito legislado propicia a mais ampla liberdade às entidades paraestatais, eximindo-as totalmente de qualquer procedimento licitatório, quando, no setor privado, as empresas particulares de maior vulto já procuram resguardar-se de maus contratos, através de procedimentos seletivos próprios, ou assemelhados aos da licitação pública.

O mesmo vem ocorrendo com algumas entidades paraestatais que, por iniciativa própria, altamente elogiável, se impuseram, por disposição estatutária ou por deliberação da diretoria, a obrigatoriedade de um procedimento seletivo simplificado e adequado aos seus objetivos empresariais, como é o caso do Metrô de São Paulo, da EMPLASA, da CEAGESP, e outras empresas do Estado e do Município, que se autolimitaram na liberdade de contratar, elaborando e publicando o seu "Regulamento de Contratações".

Essa conduta supletiva da omissão da lei nacional é salutar e recomendável, por atender à moralidade administrativa e ao mesmo tempo permitir a adequação do procedimento seletivo às especificidades de cada entidade, além de tornar certa, estável e vinculante para as partes, todas as regras da competição seletiva.

Nada impede, entretanto, que a própria entidade que estabeleceu o procedimento seletivo conveniente aos seus negócios, indique as hipóteses de *contratação direta*, as quais, em ocorrendo, serão justificadas pelo órgão interessado e aprovadas pela diretoria, em cada caso. Concilia-se, assim, a liberdade empresarial da entidade paraestatal com as exigências da moralidade e probidade administrativas, deveres genéricos de todo gestor de bens e dinheiros públicos, ainda que administrados em moldes da iniciativa privada.

O essencial, nesses procedimentos seletivos simplificados, é que se observem os princípios (não as normas) da licitação das entidades públicas, e tais são: *formalidades mínimas; igualdade entre os proponentes; publicidade dos atos; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo, e adjudicação compulsória ao vencedor*. Todos esses princípios são fundamentais, e da ausência ou infringência de qualquer deles resultará a ineficácia e a nulidade do procedimento seletivo.

Formalidades mínimas representam a garantia da regularidade do julgamento, pelo atendimento de todas as exigências procedimentais legítimas; *igualdade entre os proponentes* significa isonomia, ou seja, absoluto nivelamento dos interessados perante o edital e normas superiores; *publicidade dos atos* quer dizer divulgação oficial das normas da seleção e do contrato (edital, instruções específicas, regulamento de contratações etc.), e das decisões concernentes ao procedimento seletivo e ao seu julgamento, para propiciar os recursos cabíveis; *sigilo na apresentação das propostas* representa a indevassabilidade da documentação e das propostas, até o momento da abertura dos respectivos envelopes, em ato público, o que separa as duas fases do procedimento: habilitação e julga-

mento; *vinculação ao edital* ou ao convite significa integral sujeição das partes (entidade licitadora e proponentes) ao instrumento convocatório e demais normas regedoras do procedimento seletivo e do contratado; *juízo objetivo* quer dizer apreciação da documentação e das propostas em estrita conformidade com o pedido no edital e com o apresentado pelos proponentes, sem inovação do critério de julgamento e sem valoração subjetiva do julgador; *adjudicação compulsória* significa que só ao vencedor da seleção pode ser atribuído o seu objeto, para o respectivo contrato.

Observados esses princípios, deve ainda a entidade promovente da seleção de contratantes propiciar os recursos internos cabíveis dos atos da Comissão de Julgamento ou do julgador individual, para a diretoria da empresa, pois é contrária à índole do nosso direito a decisão única e irrecorrível. Além disso, os julgamentos únicos e soberanos tornam suspeitos os julgadores e impedem a correção de erros, muitas vezes evidentes, que poderiam ser sanados pela própria direção da entidade, evitando a ação judicial, sempre de tramitação mais demorada que a das vias hierárquicas.

Outra observação que se impõe é a de que as entidades paraestatais deverão adotar terminologia diversa da das licitações públicas, exatamente para indicar que se trata de procedimento diversificado, embora assentado nos mesmos princípios licitatórios. Por isso, vimos propondo a designação de "Regulamento de Contratações" para as normas simplificadas do seu "procedimento seletivo" ou "seleção de contratantes" (ao invés de *licitação*) e, para as modalidades correspondentes, *concorrência*, *tomada de preços* e *convite*, sugerimos as denominações, respectivamente, de "convocação geral", "coleta de preços" e "pedido de cotação", como já estão sendo adotadas pelas paraestatais do Estado de São Paulo, cujos primeiros "Regulamentos de Contratações" foram por nós elaborados com essa nomenclatura distintiva (cf. "Regulamento de Contratações" do Metrô, da EMPLASA e da CEAGESP).

* * *

Creemos firmemente que, atendidos esses lineamentos, as entidades paraestatais poderão — e deverão — elaborar seus regulamentos de contratações, com *procedimento seletivo simplificado e adequado aos seus objetivos estatutários*, prevendo as exceções para as contratações diretas, com o que assegurarão a agilidade em seus negócios e a probidade na escolha de seus contratados, resguardando os seus contratos de críticas e impugnações. O que não se justifica é a ausência de normas para suas contratações, deixando a matéria ao inteiro alvedrio da diretoria e propiciando favoritismos e perseguições, por predileções ou inadversões pessoais. A entidade paraestatal deve ser livre e desembaraçada nas opções de seus negócios estatutários, mas controlada por normas operacionais de sua própria elaboração, para opor limites à conduta pessoal de

seus dirigentes e oferecer certeza e segurança aos seus contratados, no respeito recíproco dos direitos e deveres de ambas as partes.

V — CONCLUSÕES E SUGESTÕES

Ao final desta sucinta exposição, calcada na legislação federal vigente, na jurisprudência pertinente, na doutrina dominante e na prática dessas administrações, permitimo-nos apresentar as conclusões e sugestões seguintes:

1.^a) As entidades paraestatais — empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas ou subvencionadas pelo Estado e serviços sociais autônomos — não estão sujeitas à licitação, impositiva somente para as entidades estatais e autárquicas (DL federal n.º 200/67, arts. 125 a 144), pelo que não têm um regime jurídico legislado e uniforme para suas contratações.

2.^a) As entidades paraestatais podem, em princípio, contratar livremente com terceiros, independentemente de qualquer procedimento licitatório, como podem realizar a licitação prevista no DL n.º 200/67.

3.^a) É conveniente para o atendimento da moralidade administrativa que cada entidade paraestatal elabore o seu “Regulamento de Contratações”, estabelecendo um procedimento seletivo simplificado e adequado aos seus objetivos estatutários, com previsão dos casos de dispensa.

4.^a) O “Regulamento de Contratações” de cada entidade paraestatal deverá adotar os princípios básicos da licitação pública, mas em termos próprios e com nomenclatura diversificada, a fim de evitar confusão com os procedimentos estabelecidos para as entidades estatais e autárquicas.

5.^a) O “Regulamento de Contratações”, elaborado pela entidade paraestatal, deverá ser publicado em órgão oficial para conhecimento dos interessados em seus contratos.

6.^a) Desde que publicado, o “Regulamento” vincula a entidade paraestatal e os proponentes às suas normas, que não poderão ser desatendidas, sob pena de nulidade, susceptível de declaração pelo Poder Judiciário, por constituírem o regime jurídico de suas contratações.

NORMA GERAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO PODE CRIAR TRIBUTO?

CLAUDIONOR M. A. DUARTE
Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul

O parágrafo 1.º do artigo 18 da Constituição Federal (Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.69), dispõe:

“Lei Complementar estabelecerá normais gerais de Direito Tributário, d’sporá sobre conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar”.

A primeira observação a ser feita quanto ao enunciado preceito legal é a de que versa sobre o campo objeto da lei complementar em matéria tributária.

Sustenta-se que tríplice seriam os objetos da referida lei complementar em matéria tributária, a saber:

- a) normas gerais de direito tributário;
- b) conflitos de competência entre a União, Estados e Municípios;
- c) limitações constitucionais do poder de tributar.

Com efeito, os itens “b” e “c” mencionados são perfeitamente identificáveis. Entretanto, o item “a” não parece possuir uma realidade própria, donde restariam, efetivamente, apenas as áreas compreendidas nos itens “b” e “c”.

Historicamente os conflitos de competência poderiam decorrer de variadas circunstâncias: a) invasão de competência; b) bitributação e c) *bis in idem*.

Contudo, em face da atual sistemática constitucional tributária, tais conflitos estariam restritos apenas à invasão de competência, sendo eles configuráveis mediante a exigência, por uma pessoa política, de um imposto compreendido na competência tributária de outra pessoa política.

A denominação bitributação, somente verificável onde existem impostos concorrentes, não pode ocorrer em nosso atual sistema constitucional tributário, à vista do princípio da rigidez implícita nesse sistema.

Quanto ao *bis in idem*, por ser fenômeno emergente apenas ao âmbito de uma mesma pessoa política, escapa, obviamente, da possibilidade de vir a ser fonte de conflitos de competência.

O Brasil, pelo prisma do Direito Público Interno, não é Estado Unitário, mas — isto sim — República Federativa, como proclama a Constituição, no *caput* do art. 1.º.

E o regime federativo é tão rígido, hirto, que o próprio Poder Constituinte originário limitou, expressamente, a ação do Poder Constituinte de revisão (derivado) ao determinar que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendendo a abolir a Federação ou a República (Const., art. 47, § 1.º).

Desse princípio de inteiramento do federalismo, como observa Diniz Ferreira da Cruz, deflui o princípio implícito da isonomia entre as pessoas políticas criadas pelo Constituinte e a quem este repartiu a competência legislativa (Lei Complementar em Matéria Tributária, ed. José Bushatsky, 1978, pag. 21).

A igualdade jurídica — enfatiza o celebrado José Souto Maior Borges — não significa identidade de atribuições constitucionalmente fixadas para a União, Estados-Membros e Municípios, mas, tão só, que essas atribuições, embora diversas, correspondem todas a enunciados de competência, posta em atuação mediante princípios e normas estabelecidos na própria Constituição (“Eficácia e Hierarquia da Lei Complementar”, in “Revista de Direito Público”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, n.º 25, pag. 94).

Na ordem nacional não há, conseqüentemente, relação de hierarquia entre União, Estados e Municípios. Cada uma dessas pessoas políticas, desde que não contravenha à ordem constitucional, tem plena liberdade ao editar suas leis. Recebem seus direitos, seus deveres, suas atribuições exclusivas, diretamente da Constituição.

Ora, sendo os conflitos mencionados verificáveis entre pessoas políticas com o mesmo “*status*” constitucional; obviamente não podem ser solucionados por leis próprias de cada uma delas. Daí necessitar o sistema de uma norma superior, de caráter nacional, com observância obrigatória para as três pessoas indicadas.

Portanto, retomando o pensamento inicialmente colocado, diríamos que os conflitos de competência, atualmente, poderiam advir apenas de fenômeno da invasão de competência.

O sistema constitucional com relação às competências fiscais encerra um conjunto de normas e princípios dirigidos à proteção política dos indivíduos, representando restrições ou limitações às atividades do poder público.

Essas normas e princípios, assim dirigidos ao uso das competências fiscais, fazem parte do direito constitucional tributário e recebem a denominação de limitações constitucionais do poder de tributar.

Dessas limitações umas são expressas e outras implícitas. Entretanto, como todas são constitucionais, igualmente, não podem ser reguladas por normas legais restritas aos âmbitos de competências de cada pessoa política. Exigem, pois, lei complementar, de caráter nacional.

Tal exigência, como visto, decorre do próprio sistema do estatuto fundamental.

Restaria, então, indagar qual o conteúdo das mencionadas normas gerais de direito tributário indicadas no item "a".

Seriam as disposições pertinentes ao lançamento, à prescrição, à decadência e outras formas de extinção das obrigações tributárias, regras sobre interpretações das leis tributárias?

A resposta é imperiosamente negativa quanto ao lançamento, eis que é matéria puramente administrativa. E o Direito Administrativo, como ensina Cirne Lima, é direito de aplicação exclusiva.

Igualmente, poder-se-ia negar cabimento às normas gerais de direito tributário relativamente à prescrição, decadência, etc., eis que tais institutos devem ser tratados por leis ordinárias, à vista de que somente à lei competente para instituir um determinado tributo compete disciplinar a forma de sua extinção, etc.

Assim sendo, nada restaria à terceira espécie de matéria a ser tratada pela lei complementar na esfera tributária.

Entretanto, a doutrina, de maneira dominante, tem admitido a existência de um campo próprio destinado a ser regulado pelas normas gerais de direito tributário.

Com efeito, sustenta-se desde a emenda n.º 938 à Constituição de 1946, transformada em seu art. 5.º, XV, b, que tais normas gerais visam "a disciplinar uniformemente em todo país as regras sobre a formação das obrigações tributárias, prescrição, quitação, compensação, interpretação etc., evitando o pandemônio resultante das disposições diversas não só de um Estado para o outro, mas, até, dentro de um mesmo Estado, conforme seja o tributo em foco..." (Afonso Baileiro - "Direito Tributário Brasileiro", 5.ª ed., pág. II - Forense).

São, ainda, do mesmo autor, as seguintes palavras: "...esses e outros exemplos mostram a vantagem de ter sido cometida à União a competência para legislar sobre normas gerais de Direito Financeiro, unificando-o no país, com o que estabelecerão as regras tendentes à harmonia da aplicação de certos impostos, que, fatalmente, apresentarão contatos e fricções, como o de renda (...). Um legislador único, o federal, podendo firmar a norma suprema, que caracteriza o ato gerador do imposto, atenta à capacidade econômica do contribuinte, de certo restringirá ao mínimo inevitável e probabilidade de dúvidas sobre a constitucionalidade dos tributos". ("Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", 3.ª ed., pág. 36, Forense).

Ainda no mesmo sentido, GILBERTO DE ULHOA CANTO, in "Codificação do Direito Tributário", publicação n.º 4 do I.B.D.F., pág. 147.

Esta última posição tem a seu favor o alcance sobre a realidade nacional, procurando uma formulação jurídico-tributária uniforme, que garanta ao mesmo tempo a unidade e a racionalidade do sistema tributário nacional, sendo, ainda, de inegável utilidade à própria segurança dos contribuintes.

Se é verdade que as matérias referentes à extinção das obrigações tributárias, interpretações, etc., seriam da competência legislativa das ordens parciais do governo cremos ser também certo que as mencionadas normas gerais não estariam usurpando tais competências, mas apenas conformando-as com o próprio espírito do sistema tributário constitucional, eis que tal tratamento realizado peia lei complementar, não retira o exercício legislativo das demais pessoas políticas. São na espécie, leis sobre leis de tributação e não leis tributárias, como já observou Pontes de Miranda.

Tais normas gerais retirariam quando muito o arbítrio do legislador ordinário na escolha das várias opções ou formas de exercer sua competência legislativa.

Isto posto, podemos passar a responder à pergunta formulada sobre a questão, a saber:

Norma geral de direito tributário pode criar tributos?

Como já disse, a lei complementar veiculadora das normas gerais de Direito Tributário paira acima da legislação parcial da União, Estados e Municípios, tendo o caráter de lei nacional, integrativa de um comando constitucional.

Ora, como não é tarefa da Constituição instituir tributos, mas sim fixar as competências tributárias das diversas pessoas políticas constitucionais, decorre que sendo as normas gerais veiculadas por lei complementar, igualmente não podem criar tributo.

Se a competência para a instituição de um determinado imposto fora cometido à União, somente lei ordinária deste ente político será instrumento legislativo hábil a exercer tal competência, o mesmo verificando-se em relação aos Estados membros e aos Municípios.

Não é a literalidade do texto que assim nos convence, mas a interpretação sistemática, que considera a harmonia da ordenação jurídica, a eminência dos princípios e sua supremacia sobre as normas.

O 13.º SALÁRIO PARA OS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS

EVANDRO FERREIRA DE VIANA BANDEIRA
Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul

A Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, promulgada em 13 de junho de 1979, assegurou aos funcionários públicos estaduais o pagamento do 13.º salário (art. 84, n.º VII).

O dispositivo constitucional foi introduzido na Carta Estadual através da emenda n.º 5, de iniciativa do Deputado LONDRES MACHADO, apresentada durante os trabalhos da Assembléia Constituinte, ao projeto de Constituição, que assim a justificou: "Pretende a emenda ora sugerida, garantir ao servidor público estadual aquilo que o Estado já garante aos trabalhadores: o 13.º salário".

Prosseguindo na justificativa à emenda apresentada, o parlamentar destacou: "Inegável conquista da classe trabalhadora, foi determinado o seu cumprimento pelo governo, na atual década, ficando, no entanto, o Estado, a dever aos seus próprios servidores o benefício que, sem dúvida alguma, vem alegrar o final de ano na casa daqueles que, com esforço, dedicação e lealdade movimentam, durante todo o transcorrer do ano, a máquina estatal". Finalizando: "ao pretender, a nossa Constituição, servir de modelo aos demais Estados da federação, nada mais justo que a todos demonstrarmos nossa preocupação com aqueles que garantem a eficiência e continuidade dos nossos serviços: os servidores públicos".

A Comissão Constitucional, entretanto, por maioria de votos, rejeitou a emenda contra o parecer do relator, Deputado RAMEZ TEBET, que propugnava por sua aprovação, nos seguintes termos: "Instituindo o 13.º salário para os servidores públicos, pretende a emenda eliminar visível discriminação

existente entre o trabalhador regido pela CLT e aquele contratado dentro dos quadros do Estado. A emenda é justa e oportuna, dado o seu relevante alcance social. Nosso parecer é pela sua aprovação”.

A razão para se imprecisar o vício de inconstitucionalidade pelo simples argumento de que ao funcionário público não se atribui o direito à percepção do 13.º salário, não se conforma com as conclusões resultantes da interpretação sistemática das normas constitucionais aplicáveis ao regime jurídico dos servidores públicos, pois, como assinala CELSO RIBEIRO BASTOS, obedecidos os princípios da Lei Maior, “à lei federal eles (os Estados e Municípios) não devem nenhuma subordinação, visto que esta não detém nenhuma superioridade sobre a legislação estadual ou municipal” (“Curso de Direito Constitucional”, Ed. Saraiva, 1979, pág. 194).

O jovem e festejado ADILSON ABREU DALLARI afirma que “o citado art. 13, V, da Constituição Federal absolutamente não tem, nem pode ter, extensão suficiente para derribar, de uma só vez, o princípio da autonomia municipal” (*in* “Regime Constitucional dos Servidores Públicos”, Ed. Rev. dos Trib., 1976, pág. 15).

CAIO TÁCITO, ilustre administrativista, entende também que “o que se impõe aos Estados é o respeito às normas sobre funcionários públicos que estão estabelecidas na Constituição — e não a todas normas que regem os servidores federais — com maior cópia de razões esse entendimento ter-se-á de adotar quanto aos servidores públicos municipais” (*in* “Regime Constitucional dos Servidores Municipais”, RDP n.º 26, pág. 28).

Destarte, o não reconhecimento, por lei federal, aos funcionários públicos federais do direito à percepção do chamado 13.º salário, não vicia, por inconstitucionalidade, norma constitucional do Estado assegurando-o a seus servidores, pois, “não há um regime jurídico uniforme para todos os funcionários públicos, da União, dos Estados e dos Municípios. Cada uma dessas pessoas políticas legisla para si, fixando as regras que melhor lhe pareçam para organização e disciplina da atividade funcional de seus agentes. Matéria de funcionalismo, salvo as reservas constitucionalmente estabelecidas em favor da União, é, nas órbitas estaduais e municipais, da alçada de Estados e Municípios”, na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*in* “Apostamentos Sobre os Agentes e Órgãos Públicos”, pág. 41).

A emenda, entretanto, logrou aprovação em Plenário, passando a integrar o elenco de direitos assegurados aos funcionários públicos constantes do art. 84, da Constituição Estadual.

Todavia, após a promulgação do texto básico da estrutura jurídica do Estado, lavrou discussão acerca da constitucionalidade do dispositivo que garantiu o 13.º salário aos funcionários públicos, estribando-se os que vislumbram na disposição o vício da inconstitucionalidade no fundamento de que os Estados estão jungidos à observância das normas relativas aos funcionários públicos, inclusive quanto à aplicação, aos servidores estaduais e municipais, dos limites

máximos de remuneração estabelecidas em lei federal (art. 13, V, c/c, art. 200, da Constituição Federal). Destarte, a lei federal não reconhecendo aos funcionários públicos o direito à percepção do chamado 13.º salário, manifestar-se-ia inconstitucional norma do Estado em sentido contrário.

As normas constitucionais de confronto dispõem: “Art. 13 — Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes: V — as normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal; Art. 200 — As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados”.

Não obstante a imperfeição de linguagem adotada pelo texto estadual ao se referir a “salário”, quando é corrente que esta espécie de remuneração é específica do empregado cujo vínculo é regido pela legislação trabalhista, resulta inequívoca que a intenção do legislador constituinte foi a de atribuir a todos os servidores estaduais, em especial aos funcionários públicos que são regidos estatutariamente, uma gratificação anual correspondente a um mês de remuneração por ocasião do fim-de-ano, ou melhor, uma gratificação natalina, como, aliás, se denominou originariamente o hoje “13.º salário”.

O S.T.F., no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 80.059, de Minas Gerais, de que foi relator o Ministro CORDEIRO GUERRA, já decidiu, por sua composição plena, que “gratificação natalina instituída por lei local não ofende ao art. 13, V, da Constituição”. O voto proferido pelo Ministro RODRIGUES ALCKMIN, no julgamento desse mesmo recurso, é precioso; “No caso, invoca-se o texto do art. 13, n.º V, da Constituição Federal. Mas esse texto diz que os servidores estaduais e municipais devem ter os limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal, obrigados, Municípios e Estados, a atenderem a esta limitação. Mas essa norma se restringe àqueles casos em que a própria Constituição atribui ao legislador federal tais limites. São os casos do art. 13, § 4.º, do art. 144, § 4.º, em que a própria Constituição restringindo o poder que os Estados têm de se organizarem, restringe o poder de o Estado fixar vencimentos, porque atribui ao legislador federal estabelecer máximos de remuneração”.

A tese da inconstitucionalidade da atribuição do 13.º salário aos servidores públicos estaduais, desta forma, não encontra respaldo no entendimento da doutrina nem nos pronunciamentos do Pretório Excelso.

CUMULAÇÃO DE CARGOS ELETIVOS DE VICE-PREFEITO E DEPUTADO ESTADUAL

Sentença do Juiz
Dr. Athayde Nery de Freitas

Vistos, etc. . .

Alberto Cubel Brull, brasileiro, casado, médico, residente e domiciliado nesta Capital, por seu advogado, ingressou com *mandado de segurança*, contra ato do Presidente da Câmara Municipal de Campo Grande, alegando, em síntese, o seguinte:

que o impetrante, já como Vice-Prefeito desta Capital, candidatou-se e foi eleito deputado à Assembléia Constituinte do Estado de Mato Grosso do Sul, nas eleições de 15 de novembro de 1978, pela legenda da Aliança Renovadora Nacional - ARENA;

que o Sr. Presidente da Câmara Municipal de Campo Grande, através do Ato n.º 01/79, houve por bem declarar extinto o *mandato do cargo de Vice-Prefeito* do impetrante, com fundamento no artigo 34, II, "c", da Constituição Federal, artigo 23, VI, do *Regimento Interno da Câmara Municipal*, artigo 46, da Lei Estadual n.º 3.770, de 14.09.76 (Lei Orgânica dos Municípios), e artigo 6.º, III, do Decreto-Lei Federal n.º 211, de 27.02.67;

que o Ato do Sr. Presidente da Câmara Municipal de Campo Grande, sobre ser inconstitucional e ilegal, feriu direito líquido e certo do impetrante, o que se conclui pela análise dos próprios dispositivos invocados pelo impetrado;

que assim é que o artigo 23, VI, do *Regimento Interno da Câmara Municipal* tão somente confere competência ao seu Presidente, para baixar atos extintivos de mandatos, nos casos previstos em lei;

que o artigo 46, da Lei Estadual n.º 3.770, de 14.09.76 (Lei Orgânica dos Municípios), subordina a extinção e cassação de mandatos de Prefeito e Vice-Prefeito, na forma e nos casos previstos na legislação federal;

que a legislação federal a que se referem os dispositivos acima citados é a Constituição Federal que, em seu artigo, 34, II, "c", estabelece a proibição do exercício de dois cargos eletivos, simultaneamente, o que não ocorre no caso em exame, isto porque, segundo conceituados dicionaristas e filólogos, o verbete "*exercer*", do latim "*exercare*", significa "preencher os deveres, as funções ou obrigações inerentes a um cargo". Ora, "*Vice-Prefeito não exerce cargo nem mandato*";

que não exercendo nem um cargo nem mandato, o *Vice-Prefeito*, em verdade, goza simplesmente de uma expectativa de direito — a de substituir ou suceder o Prefeito, motivo por que não lhe é conferida nenhuma atribuição nos estatutos legais vigentes, inclusive na Lei Orgânica dos Municípios;

que tal entendimento é esposado por renomados juristas do porte de Pontes de Miranda ("*Comentários à Constituição de 1967*", 1973, pág. 36, n.º 9), José Afonso da Silva ("*O Prefeito e o Município*", 2.ª ed. 1977, págs. 41/42), Helv Lopes Meirelles ("*Direito Municipal Brasileiro*", 3.ª ed., RT, 1977, págs. 833/834);

que ao socorrer-se o impetrado do artigo 6.º, VI, da Lei Federal n.º 201, de 27.02.67, estendeu, por analogia, a norma sancionadora deste dispositivo ao *Vice-Prefeito*, já que o mesmo é endereçado exclusivamente à extinção de mandato de Prefeito Municipal;

que é princípio basilar de direito, encampado por juristas nacionais e estrangeiros, de que em matéria suscetível de punibilidade, a analogia somente pode ser empregada quando beneficiar o implicado. Nestas condições, por questão de legalidade e coerência, ter-se-ia que aplicar, no caso, a regra do artigo 36 da Constituição Federal que diz não perder o mandato o Deputado ou Senador investido na função de Ministro de Estado, Secretário de Estado ou Prefeito de Capital. Ora, o impetrante só foi investido no mandato de Deputado Estadual, depois que Campo Grande foi elevada à categoria de Capital do Estado de Mato Grosso do Sul, da qual era legítimo Vice-Prefeito, não se lhe aplicando, portanto, a restrição estabelecida no artigo 34, II, "c", da Constituição Federal;

que não tendo havido acumulação de mandato de Deputado Estadual com o de Vice-Prefeito, já que este último não passa de mera expectativa de direito, o *Ato* do Sr. Presidente da Câmara Municipal de Campo Grande é ilegal e inconstitucional, motivo por que deve ser julgada procedente a Segurança impetrada, para o fim de ser o impetrante mantido definitivamente na condição de Vice-Prefeito desta Capital e substituto legal do Prefeito, condenando-se o impetrado nas custas processuais e demais cominações de direito.

A inicial veio instruída apenas com o instrumento de mandato outorgado pelo impetrante ao seu advogado e cópia autêntica do Ato n.º 01/79, que

declarou extinto o seu mandato, do cargo de Vice-Prefeito do Município de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul.

O presente Mandado de Segurança foi, inicialmente, distribuído ao juízo da 1.^a Vara Cível que, entretanto, deu-se por suspeito, encaminhando-se o feito a este juízo, como seu substituto legal.

Solicitadas as informações de estilo, prestou-as em tempo o Sr. Presidente da Câmara Municipal, em longa e substanciosa manifestação, através da qual procura demonstrar, com base na lei e nos ensinamentos dos mestres, a legalidade e legitimidade do Ato n.º 01/79, que declarou extinto o mandato do impetrante, do cargo de Vice-Prefeito de Campo Grande. As informações vieram instruídas com os documentos de fls. 37 a 53. Oficiou no feito o Representante do Ministério Público que em objetiva e substanciosa manifestação, opinou pela denegação do "*Writ*".

É o relatório. Fundamento e decido.

O impetrante fora eleito, na chapa do atual Prefeito, Vice-Prefeito de Campo Grande, nas eleições de 15 de novembro de 1976. A sua posse no cargo, somente ocorreu no dia 11 de fevereiro de 1977, por motivos de saúde.

Nas eleições gerais de 15 de novembro de 1978, o impetrante foi eleito Deputado à Assembléia Constituinte do Estado de Mato Grosso do Sul. Diplomado, prestou compromisso e tomou posse no novo cargo no dia 1.º de janeiro de 1979.

Transcorridos 60 (sessenta) dias da investidura do impetrante no mandato de Deputado Estadual, como não manifestasse o desejo de renunciar ao mandato de Vice-Prefeito, o qual exercia desde a sua posse em 11 de fevereiro de 1977, houve por bem o Sr. Presidente da Câmara Municipal de Campo Grande DECLARAR extinto o seu mandato de cargo de Vice-Prefeito do Município de Campo Grande, com fundamento na artigo 34, II, "c", da Constituição Federal e demais legislação pertinente.

Afirma o impetrante, com bastante ênfase, que "Vice-Prefeito não exerce cargo em mandato", motivo por que a sua posse como Deputado à Assembléia Constituinte não configura exercício simultâneo de dois mandatos eletivos, não o alcançando, portanto, a proibição estabelecida no artigo 34, II, "c" da Constituição Federal.

Para o impetrante, o Vice-Prefeito goza simplesmente de uma expectativa de direito — a de substituir ou suceder o Prefeito.

E ainda, segundo renomados constitucionalistas, essa expectativa transformar-se-á em direito quando os pressupostos de substituição ou sucessão se efetivarem, pois O MANDATO DE VICE-PREFEITO NÃO POSSUI FUNÇÃO PRÓPRIA A SER EXERCIDA (grifado, fls. 06 da inicial).

Não há que falar, pois, em incompatibilidade entre o exercício do mandato de Deputado à Assembléia Constituinte do Estado e permanecer Vice-Prefeito da Capital.

A este entendimento contrapõe-se o impetrado, alegando que o impetrante foi eleito e tomou posse como Vice-Prefeito deste Município em 11 de fevereiro de 1977.

Ora, quem toma posse o faz para o exercício de um cargo; esta, a posse, é justamente o marco inicial do exercício, posto que não há possibilidade de alguém prestar COMPROMISSO e tomar POSSE para exercer EXPECTATIVA DE DIREITO (grifado, fls. 23).

Configuram-se na espécie, para o impetrado, dois mandatos eletivos de origem antagonônica, defeso de exercício simultâneo, nos termos do artigo 34, II, "c", da Constituição Federal.

Do exposto, verifica-se que o cerne do problema consiste em saber se a categoria de Vice-Prefeito constitui cargo público ou mandato.

A resposta positiva, impõe-se, por várias razões.

Em primeiro lugar, como se sabe, não há cargo sem função. Mas o Vice-Prefeito, sem dúvida, exerce um cargo público.

E essa conclusão dimana da simples divisão que se faz da abrangente categoria dos agentes públicos, que são todos os que, transitória ou definitivamente, com remuneração ou sem ela, exercem uma função de natureza pública.

Dentre os agentes públicos, sobressaem as categorias dos agentes políticos e dos agentes administrativos. Estes desempenham funções de caráter administrativo; aqueles detêm funções de comando, previstas normalmente nas Cartas Constitucionais.

Mas, pelo fato de serem agentes políticos, não deixam eles de desempenhar cargo público. Aliás, neste sentido, não dissente a doutrina. Eis a opinião de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado, e, portanto, o esquema fundamental do poder" ("Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos", Ed. Rev. Trib., 1975, pág. 7) (grif. nos.).

No mesmo sentido, OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (in "Princípios Fundamentais de Direito Administrativo", vol. II, 1974, pág. 288), segundo o qual "os governantes são titulares de cargos constitucionais".

Desse modo, o Vice-Prefeito exerce um cargo público, na qualidade de agente político que é. E não colhe o argumento de que o Vice-Prefeito não possui funções, e sim somente a expectativa de funções. A função é de representação. E o só fato de substituir o Prefeito já constitui uma função. E assim verifica-se o binômio integrativo cargo-função.

Também, para a configuração do cargo, estão presentes outros requisitos, como a criação por lei e uma remuneração pela sua ocupação. Aliás, como provam os documentos de fls. 43 a 46, o impetrante recebia subsídios para o

desempenho do cargo de Vice-Prefeito. Ora, se não fosse cargo, a que título receberia tal verba mensal?

Em segundo lugar, não padece dúvida sobre ser a Vice-Prefeitura um cargo eletivo, como não há dúvida, também, sobre exercer o Vice-Prefeito um mandato eletivo.

Di-lo a Constituição Federal:

Art. 15 — “A autonomia municipal será assegurada:

I — *pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito* (grifei) e vereadores realizadas simultaneamente em todo País, na mesma data das eleições gerais para Deputados”.

Art. 151 — VI

Parágrafo único — Observar-se-ão as seguintes normas, desde já em vigor, na elaboração da lei complementar: a) a *irreelegibilidade* de quem haja exercido o *cargo* de Presidente e de Vice-Presidente da República, de Governador e de Vice-Governador, de Prefeito e de *Vice-Prefeito* por qualquer tempo, no período imediatamente anterior” (grifei).

Art. 209 — *Os mandatos dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e vereadores eleitos em 1980 terão a duração de dois anos*” (grifei).

No mesmo diapasão a Constituição do Estado de Mato Grosso:

Art. 144 — A autonomia municipal será assegurada:

I — *Pela eleição direta do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, realizada nos termos da legislação federal*” (grifei).

Também o Projeto da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, já publicado no Diário Oficial do Estado em 27.05.79, encampa norma idêntica:

Art. 122 — “A autonomia municipal será assegurada:

I — *pela eleição direta do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, realizada nos termos da legislação federal*” (grifei).

Art. 37

§ 3.º — “No ato da *posse* e ao término do mandato o Prefeito e o *Vice-Prefeito* farão declarações de bens, as quais serão transcritas em livro próprio constando da ata o seu resumo” (grifei).

Art. 39

§ 2.º — “Os substitutos legais do Prefeito não poderão recorrer-se a substituí-lo sob pena de *extinção de mandato de Vice-Prefeito* ou de destituição automática do Presidente da Câmara, conforme o caso” (grifei).

In casu, o impetrante, que era Vice-Prefeito, passou a ocupar outro cargo legislativo, o de Deputado Estadual, também de cunho eletivo. Incide, pois, o artigo 34, II, “c”, da Constituição Federal, que veda aos Deputados e Senadores, desde a posse, exercer outra cargo eletivo federal, estadual ou *municipal*.

E nem se objete com o raciocínio de que, sendo Vice-Prefeito, não teria havido *exercício*, mas apenas *posse* no cargo. E que a *posse* no cargo de Vice-Prefeito já é o *exercício* dele, não só aceitação. É ato que materializa o ingresso do titular na função pública correspondente, quaisquer que sejam suas atribuições e características (R/T-351/74).

“A posse é o ato pelo qual o titular de um cargo manifesta pessoal e expressamente a sua vontade de aceitar e iniciar o exercício das respectivas funções” (M. Caetano, *in* “Manual de Direito Administrativo”, pág. 224, “*apud*” Themístocles Cavalcanti).

“A posse marca a aceitação dos direitos e deveres inerentes ao cargo” (Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, 1976, pág. 401). E o exercício, ainda na palavra deste autor, consiste no “momento em que o funcionário passa a exercer legalmente as suas funções e adquire direito às vantagens do cargo e à contraprestação pecuniária devida pelo Poder Público” (*id.*, *ib.*).

Quanto à posse, não há discussão de que houve duas. A farta documentação constante dos autos o prova sobejamente. O mesmo ocorre no que concerne ao exercício. E tanto isso é verdade que o impetrante não somente auferiu vantagens decorrentes do exercício do cargo, como ainda representou o Prefeito em mais de uma solenidade. Então houve, também, exercício.

É bem de ver que o próprio sistema administrativo-político contido na Constituição Federal, apresenta como regra geral o artigo 99, segundo o qual é vedada a acumulação remunerada de cargos e funções públicas. Essa é a regra geral, e as exceções abertas estão arroladas na própria Constituição (art. 99, I a VI).

Por outro lado, a incompatibilização entre os cargos de Deputado Estadual e Vice-Prefeito de Município é de caráter lógico, porque ao cidadão cabe ou o exercício da função legislativa, ou a administrativa, esta a cargo do Poder Executivo. Ninguém deve ao mesmo tempo legislar e administrar, até porque como princípio geral a Carta Magna assevera que os Poderes são harmônicos e independentes (art. 6.º).

Com o mesmo raciocínio, *mutatis mutandis*, não se conceberia como válida a acumulação das funções públicas de Vice-Presidente da República com a de Deputado Federal. São cargos com funções incompatíveis.

A lição de Pontes de Miranda não deixa margem à dúvida:

"Quem aceita outro cargo legislativo perde aquele que aceitou em primeiro lugar. A opção deve ser verificada no momento em que se toma posse do segundo cargo, de modo que o exercício dos dois pode acarretar a perda dos dois."

"A espécie entra no artigo 36, II, e (hoje artigo 34, II, c, face à Emenda Constitucional n.º 01, de 17/10/69, com idêntica redação), que supõe exercício; portanto, a posse de um cargo exclui que se tome posse do outro, sem se perder o primeiro. Não há arrependimento possível; nem julgamento do recurso que retire o diploma do segundo pode servir de escusa" ("Com. à Const. Fed. de 67", T. III, pág. 37, Ed. Rev. Trib., 1967).

Observe-se, a propósito, que a linguagem do artigo 34 da Constituição Federal é clara e imperativa:

Art. 34 — Os Deputados e Senadores não poderão:

II — desde a posse:

c) exercer outro cargo eletivo federal, estadual ou municipal.

A proibição é de direito público e a expressão "não poderão" tira todo poder de direito e de fato. A lei seria uma quimera se a vontade particular dos indivíduos pudesse prevalecer contra o seu "*imperium*".

Portanto, se o impetraute tomou posse no cargo de Deputado Estadual, deveria ter no momento renunciado ao de Vice-Prefeito. Se não o fez, está correta a decisão do Sr. Presidente da Câmara Municipal, ora impetrado, ao declarar extinto o seu mandato no cargo de Vice-Prefeito do Município.

Vejamos, agora, a impetração sob outro ângulo.

Formulemos, inicialmente, para efeito de raciocínio, a seguinte indagação:

"A ereção do Município de Campo Grande à condição de Capital do Estado de Mato Grosso do Sul, implicou automaticamente, extinção do mandato do Vice-Prefeito?"

O Município de Campo Grande, como não se enquadrava em qualquer das exceções ao artigo 15 da Constituição Federal, tinha Prefeito e Vice-Prefeito eleitos.

Com a criação do Estado de Mato Grosso do Sul, pela Lei Complementar n.º 31, de 11 de outubro de 1977, o Município de Campo Grande passou a

ser Capital do novo Estado, enquadrando-se, assim, na exceção prevista na letra "a" do § 1.º do artigo 15 da Constituição Federal.

Portanto, deveria ter seu Prefeito escolhido pelo Governador do Estado e, como todos os casos de Prefeitos nomeados, não deveria ter Vice-Prefeito.

Todavia, a Lei Complementar n.º 31, de 11/10/77, ao criar o novo Estado, em seu artigo 44, resguardou o mandato do Prefeito que estava em exercício na ocasião:

Art. 44 — A nomeação do Prefeito da Capital, nos termos da Constituição Federal, far-se-á após o término do mandato do atual Prefeito do Município de Campo Grande.

Cumpra observar, de passagem, que é altamente questionável e de duvidosa constitucionalidade o artigo supra transcrito que, em síntese, cria uma situação jurídica flagrantemente contrastante com a Constituição Federal.

Porém, o que é inquestionável e indubitável é que não houve ressalva expressa em relação ao Vice-Prefeito. Ficou mantido apenas e tão somente o mandato do Prefeito.

Importante observar, contudo, que a Lei Complementar n.º 31 deixou claro, no seu artigo 44, que a nomeação do novo Prefeito não se dará somente na próxima *legislatura* e sim quando ocorrer extinção do *mandato* do atual Prefeito.

Isto significa que, em caso de término do mandato do atual Prefeito, por qualquer motivo (morte, renúncia, cassação, etc.) o seu sucessor deverá ser nomeado pelo Governador do Estado.

Ora, normalmente, nas hipóteses acima indicadas, ao Vice-Prefeito cabe substituir o Prefeito. No caso em exame, contudo, ocorrendo a vaga do cargo de Prefeito seu sucessor deverá ser nomeado pelo Governador do Estado.

Tal solução, em circunstâncias normais, implicaria, sem dúvida, em vulneração ao princípio do direito adquirido.

No caso específico de Campo Grande, todavia, pelo fato do cidadão eleito Vice-Prefeito ter sido eleito também Deputado à Assembléia Constituinte Estadual, ele nem mesmo poderia substituir o Prefeito, pois o artigo 34 da Constituição Federal veda, expressamente, ao Deputado exercer outro cargo eletivo federal, estadual ou municipal.

Essa proibição é absoluta e a sua transgressão acarretaria a perda do mandato legislativo, posto que, no caso, não se aplicaria o disposto no artigo 36 da Constituição Federal.

Com efeito, este dispositivo constitucional declara que não perde o mandato legislativo o Deputado que, uma vez licenciado, exercer o *cargo em comissão* de Ministro de Estado, de Secretário de Estado ou de Prefeito da Capital.

A interpretação sistemática, ou seja, a conjunção dos artigos 15, 34, 35 e 36 da Constituição Federal evidencia que o Deputado somente pode se licen-

ciar para exercer cargos de livre provimento e livre exoneração, vale dizer, *cargos em comissão*.

Positivamente, não há exceção à regra que proíbe ao Deputado exercer outro *mandato*.

Portanto, ainda que a Lei Complementar n.º 31 houvesse ressalvado também o mandato do Vice-Prefeito (mas não ressalvou), ele seria incompatível com o mandato de Deputado.

Caso a Lei Complementar n.º 31 houvesse ressalvado expressamente o mandato do Vice-Prefeito (mas não ressalvou), ficaria, pelo menos, aberta a discussão sobre a constitucionalidade de tal ressalva, pois, em face da sistemática decorrente do texto constitucional em vigor, não há Vice-Prefeito na Capital do Estado.

Por este ângulo, portanto, face da Lei Complementar n.º 31, de 11/10/77, que criou o Estado de Mato Grosso do Sul e atribuiu ao Município de Campo Grande a condição de Capital do Estado, e, ainda, diante dos termos da Constituição Federal, é imperiosa a conclusão no sentido de que está extinto, "*ex vi legis*", o mandato do Vice-Prefeito do Município de Campo Grande.

Razão por que entendo que era direito do Presidente da Câmara Municipal de Campo Grande, declarar extinto o mandato de Vice-Prefeito do Município e o Ato declaratório por ele expedido é legal e está perfeitamente embasado em dispositivos de Leis pertinentes à espécie.

Por tais razões e mais que dos autos consta, julgo o impetrante carecedor de direito líquido e certo alegado e, pois, da Segurança impetrada, por lhe faltar o pressuposto do artigo 1.º da Lei n.º 1.533, de 31/12/51, e do artigo 153, § 21, da Constituição Federal.

Condene-o, outrossim, nas custas processuais. P.R.I. e comunique-se.

Campo Grande, 05 de junho de 1979.

ATHAYDE NERY DE FREITAS

Juiz de Direito (a).

INCOMPATIBILIDADE DE DOIS CARGOS ELETIVOS E DECLARAÇÃO DA EXTINÇÃO DE UM DELES, POR TER O TITULAR TOMADO POSSE DO OUTRO

PONTES DE MIRANDA

I — OS FATOS

a) O Doutor Alberto Cubel Brull foi eleito Vice-Prefeito do Município de Campo Grande, e assumiu, por ter sido licenciado o Prefeito, o cargo de Prefeito, a 13 de outubro de 1977. Durante o tempo em que permanecia no cargo de Vice-Prefeito, candidatou-se a Deputado Estadual. Eleito, tomou posse no cargo de Deputado da Assembléia Legislativa, a 1.º de janeiro de 1978.

O Presidente da Câmara Municipal de Campo Grande, a 6 de março de 1979, com o Ato n.º 1, declarou extinto o mandato de Vice-Prefeito, que tinha o Doutor Alberto Cubel Brull, pois que assumira o cargo de Deputado da Assembléia Legislativa. Para isso invocou a Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, art. 34, II, c), onde se diz que “os deputados e senadores não poderão desde a posse exercer outro cargo eletivo federal, estadual ou municipal”; e outros textos: Regimento Interno da Câmara Municipal, art. 23, VI, onde se diz que compete ao Presidente da Câmara “declarar extinto o mandato do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, nos casos previstos em lei”; Lei Estadual n.º 3.770, de 14 de setembro de 1976 (Lei Orgânica dos Municípios), art. 46: “A extinção ou cassação do mandato do Prefeito e Vice-Prefeito, bem como a apuração dos crimes de responsabilidade do Prefeito ou de seu substituto ocorrerão na forma e nos casos previstos na legislação federal”; Decreto-Lei (federal) n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967, art. 6.º: “Extingue-se o mandato de Prefeito, e, assim, deve ser declarado pelo Presidente da Câmara dos Vereadores quando: VI — incidir nos impedimentos para o exercício dos cargos esta-

belecionados em lei, se não se desincompatibilizar até a posse, e, nos casos supervenientes, no prazo que a lei ou a Câmara fixar”.

b) Apesar dos textos acima citados, o Deputado, a que se retirara o cargo de Vice-Prefeito, sustenta que só não se pode *exercer*, ao mesmo tempo, dois cargos eletivos. Para ele, Vice-Prefeito não *exerce* cargo nem mandato, porque apenas está diante de expectativa de direito.

Também se citou o art. 36 da Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, em que se enuncia que “não perde o mandato o Deputado ou Senador investido na função de Ministro de Estado ou Prefeito da Capital”. Aí, não há dois cargos eletivos, mesmo se o Deputado ou Senador é posto como Prefeito de Capital. Aí, o que se supõe, sem qualquer dúvida, é que tal Prefeito não seja eleito.

c) Houve o pedido de mandado de segurança. Foram dadas informações pelo Presidente da Câmara e muitos dados em contrário ao pedido. A 5 de junho de 1979, o juiz de Direito Dr. Athayde Nery de Freitas, em sentença bem fundamentada e de grande brilho intelectual, indeferiu o mandado de segurança. Adveio o recurso de apelação.

II — OS PRINCÍPIOS

a) A palavra “cargo” é empregada, com acerto e precisão, na Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1: no art. 80, a respeito do Presidente da República e do Vice-Presidente; no art. 97, para dizer que os cargos públicos são acessíveis a todos os Brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei; no art. 98, sobre os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Judiciário, em relação aos do Poder Executivo; no art. 99, que veda a acumulação remunerada de cargos e funções públicas, com as exceções que aponta; no art. 100, parágrafo único, em que se fala de extinção ou desnecessidade de cargo; no art. 113, § 1.º, de perda de cargo de juiz; idem, no art. 93, § 5.º, quanto à situação do militar para qualquer cargo público; no art. 185, a propósito da inelegibilidade para os cargos de Presidente da República, de Vice-Presidente, do Governador, de Prefeito e de Vice-Prefeito e demais cargos eletivos; no art. 145, parágrafo único, que menciona os cargos que são privativos dos Brasileiros natos. Noutros lugares a expressão “cargos” aparece, o que bastava para se exprobrar os que tenham deformado o sentido, o conteúdo, da palavra “cargo”.

b) Não se pode considerar ainda não adquirido um direito se tal direito é à substituição de alguma pessoa, ou direito a substituir uma coisa por outra. O direito nasce quando uma relação jurídica se constitui, ainda que o efeito principal dependa de algum ato ou de alguma circunstância. Por vezes, a um direito vem outro direito ou vêm outros direitos. Quem se candidata a uma eleição exerce o direito que lhe nasceu da elegibilidade, cujos pressupostos foram preenchidos (nacionalidade, idade e inscrição como eleitor são três deles). Aí

há direito. Se eleito o que se candidatou, sozinho ou em competição, novo direito exsurgiu e apenas o eleito tem de tomar posse. Outro direito, mais relevante, nasceu, gerado pela candidatura e pelo fato da eleição.

Se o cargo eletivo é para substituir alguém que exerça o cargo e, temporal ou definitivamente, dele se afaste, trata-se de cargo “em vez de outro”, que se chama Vice. Quem é Vice exerce cargo, que tem a característica de ser cargo de pessoa que se põe em lugar de outra, conforme princípios gerais ou típicos. Seria absurdo que se fizesse algum Vice-Cônsul, Vice-Reitor, Vice-Presidente, Vice-Governador, ou Vice-Prefeito e se afirmasse que tal pessoa não tem cargo. Tal pessoa se encarrega de atuar onde a outra atuava. Tem direitos e tem deveres.

c) Quando um texto constitucional diz que algum assunto há de ser regulado em lei e no momento da incidência da Constituição já existia lei a respeito, tal lei há de ser respeitada enquanto outra lei, após a Constituição, não for promulgada. Não se há de pensar em que a Constituição revogue a lei existente somente porque se referiu a lei futura.

d) Dizer-se que a pessoa eleita para um cargo em substituição apenas tem expectativa de direito é confundir-se expectativa de eficácia a expectativa de direito. O eleito, de acordo com a lei, já é titular do cargo, já tem direito, e tal direito que não pode ser negado é o de substituir alguém, pois que é *vice*, “em vez de”. Se prestou compromisso e tomou posse, evidente está que se inseriu no quadro dos eleitos e se pôs na situação de titular do direito de substituir alguém. Quando, no direito público, se diz que alguém tomou “posse”, o que se passou a possuir foi o cargo que se obteve, ou por nomeação, ou por eleição. Depois pode ocorrer a extinção por algum dos fatos que a lei aponta com a destituição, que há de corresponder a algum ato do titular do direito, que a lei aponte como responsável.

III — A CONSULTA E AS RESPOSTAS

1) Pergunta-se:

— Como se caracteriza o cargo de Vice-Presidente da República, ou de Vice-Governador, ou de Vice-Prefeito, no sistema jurídico brasileiro?

Respondo:

— O Vice-Presidente da República é eleito, como o é o Presidente da República (Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, arts. 77, § 1.º, e 74). Auxilia o Presidente da República e tem outras atribuições que em lei complementar se lhe confirmam (art. 77, § 2.º). Os Governadores e Vice-Governadores são eleitos conforme o art. 189 e parágrafo único. Tratando-se de Governador do Distrito Federal, há a escolha pelo Presidente da República com a aprovação do Senado Federal (art. 40, III). Havia uma regra jurídica especial para Prefeito de Capital, nomeado com aprovação do Poder Legislativo, que era a do art. 187: “Durante a legislatura que findará em 31 de janeiro de

1971, não perderá o mandato o deputado ou senador investido na função de Interventor Federal, Secretário de Estado ou Prefeito de Capital". Prefeito de Capital ou de Município é nomeado pelo Governador, com prévia aprovação da Assembléia Legislativa, se se trata de estância hidroelétrica, conforme lei estadual (art. 15, § 1.º, a). Se o Município é considerado, por lei de iniciativa do Poder Executivo, de interesse da segurança nacional, a nomeação pelo Governador depende de prévia aprovação pelo Presidente da República (art. 15, § 1.º, b).

Todos são cargos, alguns eletivos e outros não. Sempre que para a nomeação de Prefeito se precisa de aprovação, a exigência apanha o Vice-Prefeito, se o há.

Pode ser que a lei confira a algum Vice-Prefeito, ou algum Vice-Governador, alguma função, que não seja apenas a de substituir o Prefeito ou o Governador. Isso não importa para se distinguirem os cargos de Vice-Presidente, de Vice-Governador ou de Vice-Prefeito. O cargo resultou de eleição ou de escolha e, com a posse, inicia-se a investidura. Dizer-se que Vice-Prefeito não exerce cargo, porque cargo ainda não tem, é de repelir-se: o cargo já existe, desde que ocorreu a posse; o que falta é o efeito da substituição do Prefeito, ocasião em que o titular do cargo de Vice-Prefeito assume o cargo de Prefeito. Disso, por eleição, ou por nomeação, já estava encarregado.

A pessoa havia tomado posse do cargo de Vice-Prefeito a 11 de fevereiro de 1977, embora já tivesse sido eleito Vice-Prefeito a 15 de novembro de 1976. Podia concorrer para a eleição de Deputado, ao que o seu cargo de Vice-Prefeito não obstava. Tomando posse na Assembléia Legislativa (o que ocorreu), extinguir-se-ia o mandato de órgão executivo. Tratam-se de dois cargos eleitos, incompatíveis, e as regras jurídicas constitucionais e legais são claríssimas. No Decreto-lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967, art. 6.º, III, e parágrafo único, a extinção "independe de deliberação do plenário" e se torna "efetiva desde a declaração do fato ou ato extintivo pelo Presidente e sua inserção em ata". Trata-se de eficácia de ato declarativo, porque o Presidente apenas tomou conhecimento do que ocorreu.

2) Pergunta-se:

— No caso do Vice-Prefeito que se candidatou a Deputado da Assembléia Constituinte de Mato Grosso do Sul e, eleito, tomou posse, poderia haver acumulação dos dois cargos eletivos?

Respondo:

— Não: seria violarem-se os princípios constitucionais e legais. Havia momento em que existiam dois cargos, um com expectativa de substituição e outro não, por depender de assunção. Um, portanto, já estava assumido e outro ainda não estava. Com o advento da posse do segundo, extinto ficou o primeiro. Mesmo se o Vice-Prefeito, antes da posse como Deputado estadual, estivesse no lugar do Prefeito, a entrada na Assembléia Constituinte de Mato Grosso do Sul extinguiria o cargo de Vice-Prefeito e, portanto, o cargo que antes assumira. Deputado estadual que se elegera Prefeito ou Vice-Prefeito e tomasse posse perderia o cargo de Deputado estadual. O mesmo teria de

acontecer com Prefeito ou Vice-Prefeito que se elegeisse deputado e tomasse posse na Assembléia.

Conforme disse o Presidente da Câmara dos Vereadores, o Vice-Prefeito recebeu, até o ato de declaração da extinção do seu cargo, verba de representação prestada pelos cofres do Município. O Prefeito tinha de obstar à continuação disso, mas verdade é que era seu dever fazer a declaração de estar extinto o cargo do Vice-Prefeito que tomara posse do cargo de Deputado Estadual.

3) Pergunta-se:

— O ato do Presidente da Câmara que declarou extinto o cargo de Vice-Prefeito que tinha o Deputado, que assumiu o segundo cargo, foi inconstitucional ou ilegal?

Respondo:

— O ato do Presidente da Câmara dos Vereadores que *declarou* extinto o cargo de Vice-Prefeito, uma vez que o Deputado assumiu o cargo para que fora eleito, de modo nenhum teve caráter punitivo. Não extinguiu, não condenou. Daí ser ato de evidente declaratividade. O Presidente da Câmara dos Vereadores, obedecendo à lei, apenas disse que estava extinto o cargo da pessoa que tinha sido eleita para a Assembléia Legislativa e, assumindo o cargo, perdeu o outro, *ex lege*. O que o Presidente da Câmara dos Vereadores fez foi apenas dizer que já estava extinto o cargo de Vice-Prefeito. Tinha de assim proceder, porque a lei lhe criou tal dever.

O Vice-Prefeito, que já chegara a ser Prefeito, durante algum tempo, elegeu-se Deputado Estadual e, titular do cargo de Vice-Prefeito, com a expectativa de ser, de novo, Prefeito, aguardava ser Prefeito, mas, eleito Deputado Estadual e assumindo tal segundo cargo, deixou de ser Vice-Prefeito. Não mais tinha qualquer expectativa para ser Prefeito, pois que Vice-Prefeito deixara de ser. Extinguiu-se-lhe o cargo de Vice-Prefeito e tinha de haver, evidentemente, a declaração da extinção.

4) Pergunta-se:

— Cabe a ação de mandado de segurança para ser reconduzido ao cargo de Vice-Prefeito o Deputado que teve a declaração da extinção do cargo pelo Presidente da Câmara Municipal de Campo Grande?

Respondo:

— De maneira nenhuma. O atual Deputado Estadual era, antes, Vice-Prefeito, mas deixou de ser Vice-Prefeito quando assumiu o cargo de Deputado Estadual. Não se diga que o seu direito é certo e líquido; ele não tem qualquer direito como Vice-Prefeito, pois que automaticamente deixou de ser e teve declarada a extinção do seu cargo. Tudo se passou com íntegra observância das regras jurídicas constitucionais e legais. O remédio jurídico do mandado de segurança é para proteger direito certo e líquido, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder (Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, art. 153, § 21). No caso da consulta, não houve qualquer ato da autoridade que fosse ilegal, ou com abuso de poder; nem, além disso,

tinha a pessoa qualquer direito certo e líquido ao cargo que afirma ter. A declaração foi exercício de dever do declarante e absolutamente não feriu qualquer regra jurídica. Lendo-se a própria petição inicial do mandado de segurança, nada se encontra que possa servir a que se deferisse o pedido.

O Presidente da Câmara dos Vereadores atendeu ao que acontecera com o Vice-Prefeito, que perdera o cargo por extinção em virtude das regras jurídicas constitucionais e legais, cumprindo, como havia de cumprir, o seu dever.

Este é o meu parecer.

Rio de Janeiro, 10 de setembro de 1979.

(a) PONTES DE MIRANDA.

PARECERES

SITUAÇÃO FUNCIONAL — ESTABILIDADE

Para o deslinde da questão suscitada é preciso salientar algumas características inerentes aos conceitos de cargo, função, estabilidade e efetividade. Claro que não se pretende aqui proceder a um estudo completo dessas figuras, mas, tão somente, destacar os pontos essenciais para a solução da questão.

Assim sendo, pode-se dizer que, enquanto o cargo representa um “lugar” na Administração Pública, a função corresponde apenas a um conjunto de atribuições.

A estabilidade é uma qualidade própria do servidor público, adquirida após um interstício de tempo, enquanto a efetividade é uma característica do próprio cargo, ou mais especificamente, de seu provimento gerando efeitos instantaneamente.

Estabilidade é direito do funcionário à permanência no serviço público, não necessariamente no cargo. Na verdade, antes da Carta Constitucional de 1967, havia servidores equiparados aos funcionários, que recebiam estabilidade, apesar de não possuírem cargos. Isto é, haviam sido admitidos sem concurso para exercerem “funções”. É o caso do requerente que foi

nomeado, para exercer, interinamente, as funções de Distribuidor, Contador, Partidor, Porteiro dos Auditórios e Depositário Judicial do Juízo de Direito da Comarca de Nova Andradina em 25 de abril de 1966.

A Constituição de 1967 conferiu, no art. 177 § 2.º, *estabilidade* aos servidores da União, Estados e Municípios e respectivas autarquias, *que contassem 5 anos de serviço público à data de promulgação daquele documento* (24.01.1967).

Ora, em 24.01.1967, a requerente não tinha sequer um ano de serviço público. Logo, não ficou dentre aqueles que vieram a adquirir estabilidade. E não há que se falar em direito adquirido, contra a Constituição. Esta assegura a estabilidade de quem havia adquirido tal qualidade até a data da promulgação da Carta de 1967.

Após 24.01.67, nenhum servidor pode adquirir ou ter adquirido estabilidade, a não ser após dois anos de exercício de cargo, para o qual tenha sido nomeado por concurso (art. 100 da Constituição Federal).

Finalmente, sendo a estabilidade um “*minus*” em relação à efetividade,

uma vez que a nomeação de um funcionário para um cargo efetivo pode gerar, dentre outros direitos, a própria estabilidade, é certo que não se pode prover originariamente um cargo efetivo, a não ser através de concurso.

Razão por que a pretensão do requerente é desprovida de fundamento jurídico.

Este, o nosso parecer.

Claudionor M. A. Duarte
Procurador do Estado

EXONERAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO

Foi submetido a parecer desta Procuradoria Geral o processo n.º 158/79, oriundo da Secretaria de Administração, em que é interessado BEN-HUR PEREIRA CALDAS, a fim de que fosse exarado o parecer no sentido de informar quanto à necessidade de sua exoneração de cargo em comissão que está exercendo, para poder retornar ao seu posto na Polícia Militar e fazer jus à promoção que pleiteia na referida corporação.

Inicialmente, convém frisar, que o interessado é Capitão da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, ocupante de cargo de provimento efetivo. O fato de fazer o curso na cidade do Rio de Janeiro não o *afastará* do quadro da Polícia Militar, porquanto o requerente irá, justamente, em razão do cargo, de vez que a sua progressão funcional a major, pressupõe o curso de aperfeiçoamento de Oficiais, *ex vi*, do artigo 12, "a" do Decreto-Lei n.º 667, de 02 de julho de 1969.

Sobreleva-se que o interessado fará o curso na condição de capitão, razão por que é imprescindível o seu retorno ao posto na Polícia Militar. Durante o curso não deixará de receber o vencimento e vantagens, inerentes a sua situação funcional, naquela corporação. Portanto, não haverá afasta-

mento, que tem como característico o não recebimento do vencimento e vantagens.

Contudo o interessado, a par de ser oficial da Polícia Militar, exerce, desde 03.01.79, o cargo em comissão de Chefe de Divisão de Transportes do Gabinete Militar da Governadoria Estadual. Tal cargo é de livre provimento. Assim como é livre a nomeação, também é livre a exoneração, isto é, quem tem poder para preencher o cargo, também o possui para, à sua vontade, desligar dele o ocupante.

Pergunta-se: Deste cargo de provimento em comissão, ficará o interessado afastado, enquanto fizer o curso, ou deverá ser dele exonerado?

O Decreto-Lei n.º 23, de 1.º de janeiro de 1979, invocado pelo interessado, que dispõe sobre os afastamentos dos servidores do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul, estabelece em seu Art. 1.º, IV:

Art. 1.º — O funcionário do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul deixará de receber vencimento e vantagens quando seu afastamento *do cargo efetivo* ocorrer em virtude de:

"IV — Missão ou estudo no exterior ou em qualquer parte do território

nacional, reconhecido pelo Governador o interesse para a Administração estadual, mas (*sic*) ultrapassado o período de 12 (doze) meses, ou quando a solicitação de afastamento para estudo for de iniciativa do funcionário”.

O interessado, por exercer cargo de confiança do Excelentíssimo Senhor Governador — Chefe de Divisão de Transporte do Gabinete Militar da Governadoria Estadual — não está protegido pelo dispositivo citado, que trata exclusivamente de funcionário de cargo efetivo, que é afastado do cargo para realizar cursos em situação diversa da do interessado, que participará do curso de Aperfeiçoamento de Oficiais, previsto na Lei n.º 667, de 02.07.69, tido como condição necessária a sua progressão funcional à patente de major.

Logo, não há que se cogitar em direito ao afastamento do interessado do cargo em comissão, durante a realização do curso, pré-requisito para a sua progressão funcional, no quadro

de Oficiais da Polícia Militar. Ao afastamento, somente têm direito os funcionários que ocupam cargos efetivos, desde que o curso seja reconhecido pelo Governador como de interesse para a Administração Estadual (Art. 1.º, IV, *in medio*, do Decreto-Lei n.º 23, de 01.02.79), que não é o caso versado.

A solução que se impõe, *ex vi legis*, no caso *sub examine*, é a exoneração do interessado, que poderá, evidentemente, ser reconduzido ao cargo, que ocupa em comissão, após o curso que fará como titular de um cargo efetivo, do qual não ficará afastado, se assim o entender o Excelentíssimo Governador do Estado, por se tratar de cargo de livre provimento.

É o parecer.

Arnaldo Rodrigues
Procurador do Estado

Claudionor M. A. Duarte
Procurador do Estado

PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO

Neide Câmara Martins Peres, advogada, no exercício do cargo de 2.º Defensor Público da Comarca de Aquidauana, requereu à Exma. Sra. Dra. Procuradora Geral da Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, o pagamento de gratificação de substituição referente ao período de 1.2.79 a 28.2.79, durante o qual cumulou as funções da 1.ª Defensoria Pública daquela Comarca.

O requerimento foi feito com fulcro no artigo 165 do Decreto-Lei n.º 24 de 1.1.79, combinado com o artigo 95 da Lei 3.469-A — Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Mato Grosso.

Inicialmente, mister se faz esclarecer que a relação entre o Estado e a requerente é *institucional*, não podendo a Administração declarar direito a quem não tenha preenchido as condições legais para obtê-lo.

A requerente se encontra diante de um regime criado por quem, na cura da coisa pública, exerceu um poder que lhe é próprio: o de dispor sobre as condições estimadas convenientes para a boa realização do serviço público e que, no exercício de tal poder pode promover, *através de lei*, as mutações que considerar úteis para a satisfação

de um desiderato incluído em sua esfera legítima de decisão.

A Lei n.º 3.469-A — Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Mato Grosso — deixou de ter aplicação no Estado de Mato Grosso do Sul em 31.12.78, porquanto o Art. 40 da Lei Complementar n.º 31, de 11.10.77, preceitua:

“Aplicar-se-á no Estado de Mato Grosso do Sul, a legislação em vigor no Estado de Mato Grosso, à data da vigência desta lei, até que leis ou decretos-leis, expedidos nos termos do art. 7.º, a substituam”.

E o art. 7.º da mencionada Lei Complementar dispõe:

“A partir da posse e até a promulgação da Constituição o Governador poderá expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência legislativa estadual”.

O Excelentíssimo Sr. Governador, no uso das atribuições que lhe confere o art. 7.º da Lei Complementar n.º 31, de 11.10.77, através do D.-Lei n.º 24, de 1.1.79, dispõe sobre o Ministério Público e a Assistência Judiciária, ficando, conseqüentemente, ab-rogada a Lei n.º 3.469-A no que se refere ao Estado de Mato Grosso do Sul.

Ademais, estabelece a novel legislação, em seu artigo 65, que a substituição é automática.

Ora, esclarece a requerente, que a substituição se deu no período compreendido entre 1.2.79 a 28.2.79, logo *não tem direito adquirido à persistência das condições de retribuição existentes ao tempo da formação de sua relação com o Estado*, isto é, vigente à época de sua investidura no cargo.

Se a substituição tivesse sido procedida até 31.12.78, aí sim, caberia a gratificação, vez que o art. 95 da Lei n.º 3.649-A estabelece:

O membro do Ministério Público que, dentro da mesma comarca, substituir outro perceberá, a título de gratificação, um sessenta avos (1/60) do vencimento por dia de substituição.

Contudo, como vimos, a partir de 31.12.78, passou a ter aplicação no Estado de Mato Grosso do Sul o D.-Lei

n.º 24, de 1.1.79, *que não prevê semelhante gratificação.*

Se a relação de função pública fosse contratual, a alteração não poderia se aplicar imediatamente à requerente, sem lhe ofender direito adquirido, dado que o contrato lhe haveria assegurado um regime cuja alteração dependeria de sua aquiescência. *Tratando-se, entretanto, de uma relação institucional, o D.-Lei n.º 24, de 1.1.79, colheu-a de imediato.*

Isto posto, concluímos que a requerente não tem direito à gratificação pleiteada.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 12 de março de 1979.

Dr. Claudionor M. A. Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

INTERVENÇÃO NO MUNICÍPIO DE JARDIM — MS

Excelentíssimo Senhor Governador

Em cumprimento à determinação de V. Exa., a respeito das irregularidades ocorridas na prestação de contas pelo Exmo. Sr. Prefeito do Município de Jardim, passo a aduzir o seguinte:

I — *Pressupostos da Intervenção*

A Constituição da República autoriza a intervenção do Estado no Município, desde que não forem prestadas contas devidas na forma da lei (art. 15, § 3.º, c).

Da mesma forma a Constituição Estadual, em seu artigo 142, dispõe:

Art. 142 — O Estado só intervirá no Município quando:

Omissis.

III — não forem prestadas contas na forma da lei.

Ademais, a lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, dispõe em seu artigo 82, § 1.º, “*in verbis*”:

“O Poder Executivo, anualmente, prestará contas ao Poder Legislativo,

no prazo estabelecido nas Constituições ou nas Leis Orgânicas dos Municípios”.

§ 1.º — “As contas do Poder Executivo serão submetidas ao Poder Legislativo, com parecer do Tribunal de Contas ou órgão equivalente”.

A lei n.º 3.770, de 14 de dezembro de 1976, que dispõe sobre Organização Municipal, ainda vigente no Estado de Mato Grosso do Sul em decorrência do artigo 40 da Lei Complementar n.º 31, de 11.10.77, estabelece, por sua vez, em seus artigos 103 e 105:

Artigo 103 — No prazo de trinta dias, contados do encerramento do mês, deverá o Prefeito remeter, em duas vias, o balancete mensal ao Tribunal de Contas do Estado, com os documentos seguintes:

I — comprovantes do recebimento e recolhimento, aos cofres municipais, das receitas arrecadadas pela União ou pelo Estado, e transferidas ou entregues ao Município;

II — quadro das rendas locais do mês, por gênero e espécie, confeccionado com assistência de delegado ou representante da Câmara, de modo a totalizar os conhecimentos da arrecadação;

III — notas de empenho e outras alterações ocorridas nos saldos das verbas e créditos;

IV — comprovantes dos pagamentos efetivados, dispensada a remessa destes últimos ao Tribunal de Contas, que poderá requisitar a apresentação daqueles que porventura deseje examinar.

§ 1.º — Os balancetes com os documentos que deverão obrigatoriamente instruí-los, considerar-se-ão encaminhados ao Tribunal de Contas, no dia em que, endereçados àquele órgão, tiverem sido postados sob registro em repartição oficial dos Correios.

§ 2.º — Os comprovantes de que trata o item I deste artigo, deverão estar autenticados pelo órgão federal, ou estadual, conforme o caso, que tiver efetivado a entrega do numerário ao Município.

Artigo 105 — Os documentos das contas anuais do Prefeito, enumeradas no artigo 104, deverão ser encaminhados ao Tribunal de Contas do Estado, dentro de 90 dias que se seguirem ao do encerramento do exercício financeiro.

Parágrafo único — Os documentos das contas considerar-se-ão encaminhados ao Tribunal de Contas, no dia e pelo modo previstos no parágrafo 1.º do artigo 103.

Os documentos referidos no artigo 104 consistem:

I — no balanço orçamentário, que demonstrará as receitas e despesas previstas, em confronto com as realizadas;

II — no balanço financeiro, que demonstrará a receita e a despesa orçamentária bem como os recebimentos e os pagamentos de natureza extra-orçamentária, conjugados com os saldos em espécie provindos do exercício an-

terior, e os que se transferem para o exercício seguinte;

III — na demonstração das variações patrimoniais, que evidenciará as alterações verificadas no patrimônio, resultantes ou independentes da execução orçamentária, e indicará o resultado patrimonial do exercício;

IV — no balanço patrimonial, que demonstrará:

a) o ativo financeiro, compreendendo os créditos e valores realizáveis independentemente de autorização orçamentária e os valores numerários;

b) o ativo permanente, compreendendo os bens, créditos e valores cuja mobilização ou alienação dependa de autorização legislativa;

c) o passivo financeiro, compreendendo os compromissos exigíveis cujo pagamento não dependa de autorização orçamentária;

d) o passivo permanente, compreendendo as dívidas fundadas e outras que dependam de autorização legislativa para amortização ou resgate;

e) o saldo patrimonial;

f) as contas de compensação, em que serão registrados os bens, valores, obrigações e situações não compreendidos nas letras A a E que mediata ou imediatamente, possam vir a afetar o patrimônio.

A Câmara, segundo o disposto no artigo 30.º da lei 3.770, dentre outras atribuições, compete, privativamente:

Omissis.

XVII — Tomar e julgar as contas do Prefeito e da Mesa no prazo de 90 (noventa) dias após o recebimento do parecer prévio do Tribunal de Contas.

Sobre as contas apresentadas, o art. 123 da mesma Lei Orgânica, estabelece, "*in verbis*".

"No seu parecer sobre as contas da gestão financeira e patrimonial do Mu-

nicípio, o Tribunal de Contas evidenciará os resultados consignados nos balancetes ou balanço e apontará os abusos, irregularidades e ilegalidades que houver observado”.

Cumprindo a formalidade do art. supra citado, no parecer do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, ficaram consubstanciadas as irregularidades encontradas.

Dando cumprimento ao artigo 122 da Lei Orgânica dos Municípios combinado com o artigo 30 do mesmo diploma, a Câmara do Município de Jardim solicitou, com fundamento no parecer do Tribunal de Contas, ao Exmo. Sr. Governador do Estado, a intervenção naquele município, através do ofício n.º 011/29, de 17.03.79.

Além do pedido de intervenção, cabe à Câmara do Município de Jardim, consoante o disposto no art. 30, XVII da Lei Orgânica dos Municípios, remeter as contas rejeitadas, imediatamente e obrigatoriamente, ao órgão do Ministério Público, para os devidos fins.

II — *Da Responsabilidade do Governador*

Em conformidade com o artigo 44 da Constituição Estadual, entre outras, caracteriza crime de responsabilidade do Governador os “atos que atentem contra a Constituição da República e a do Estado, e especialmente contra o cumprimento das leis” (art. 44, VII).

A conseqüência do crime de responsabilidade é determinar, afinal, a perda do cargo, conforme o art. 46, § 2.º da Constituição Estadual.

Após examinados os fatos, que nos foram apresentados, concluímos, no intuito de salvaguardar responsabilidade do Exmo. Governador, que a intervenção, no Município de Jardim, é medida que se impõe, observados os requisitos seguintes:

a — a intervenção far-se-á por decreto;

b — o decreto conterà a designação do interventor, o prazo da intervenção e os limites da medida;

c — o interventor substituirá o Prefeito e administrará o Município durante o período da intervenção, visando a restabelecer a normalidade;

d — o interventor prestará contas de seus atos ao Governador, e, de sua administração financeira, ao Tribunal de Contas do Estado, e cessados os motivos da intervenção, a autoridade municipal afastada de sua função, a ela retornará, se for o caso, sem prejuízo da apuração administrativa, civil ou criminal, decorrente dos seus atos.

É o parecer desta Procuradoria, s.m.j.

Campo Grande, 16 de março de 1979.

Araldo Rodrigues

Proc. de Assuntos do Pessoal

Claudionor Miguel Abs Duarte

Proc. de Assuntos Administrativos

TRIBUNAL DE CONTAS — APOSENTADORIA LEI COMPLEMENTAR N.º 31/77

Trata o presente processo de pedido de aposentadoria por invalidez, formulado pelo servidor IRINEU MARQUES DA FONSECA.

Em relação a esse pedido solicita o Sr. Secretário de Estado da Administração parecer, indagando, em síntese: 1) Se há necessidade de, a respeito, ser ouvido o futuro Tribunal de Contas do Estado, face ao não julgamento do pedido pelo T.C. do Estado de Mato Grosso; e 2) se, independentemente da apreciação do T.C., poderá o Sr. Governador conceder a aposentadoria pleiteada.

Sobre o assunto, temos a considerar:

1 — A Lei Complementar, n.º 31, de 11.10.77, artigos 41, 42 e 43, manteve, expressamente, a competência e jurisdição dos órgãos a que se refere (Tribunal de Justiça, TRE e Seção Judiciária da Justiça Federal, instalados em Mato Grosso), até que estes órgãos se instalassem no território de MS, silenciando quanto à permanência da competência do T.C. de MT;

2 — Ante o silêncio da referida lei, parece-nos que a intenção do legislador foi excluir a competência do T.C. de Mato Grosso, no que tange ao controle dos atos Governamentais, no campo orçamentário e financeiro, praticados, a partir de 01.01.79, no Estado de

Mato Grosso do Sul. De fato, quisesse a lei manter a competência do T.C. de MT, teria disposto expressamente como o fez em relação aos órgãos que menciona.

3 — Tal entendimento, parece-nos, foi agasalhado pelos Conselheiros do T.C. de MT, embora implicitamente, ao devolverem o processo sem julgá-lo, conforme acórdão de fl. 19;

4 — O T.C. de MS ainda não foi criado para dar cumprimento ao Art. 13, inciso IV, da Constituição Fed., que impõe a fiscalização orçamentária e financeira, dependendo que está da conclusão dos trabalhos da Assembléia Constituinte, encarregada da elaboração e promulgação da Constituição Estadual, em cujo bojo, por certo, se inserirá o T.C. deste Estado.

5 — Vive-se, assim, em decorrência da criação do novo Estado de MS, um período de transição, no qual podem surgir situações não reguladas pela lei que o criou. É, evidentemente, o que sucede no presente caso.

6 — A omissão da lei, todavia, não afasta a necessidade de se comporem as situações que, como a do presente processo, exigem solução.

7 — Parece-nos que tal solução poderá ser alcançada com a concessão da aposentadoria pelo Sr. Governador “*ad referendum*” do futuro Tribunal de

Contas. Para serem apreciados o preenchimento dos requisitos e da legalidade do pedido, necessária seria, porém, a criação de uma comissão, que, antes do ato Governamental concessivo, apreciasse tais aspectos. Essa comissão seria criada por Decreto-Lei, com embasamento no artigo 7.º, da Lei Complementar n.º 31, de 11.10.77, e teria competência de, além do exame das concessões iniciais de aposentadoria, a de apreciar os casos de reforma e pensões. A referida comissão se extinguiria com a criação e funcionamento do Tribunal de Contas do Estado.

8 — Por outro lado, a exigência legal de previsão de recursos orçamentários encontra-se atendida, através da Lei Orçamentária — Dec.-Lei n.º 13, de 01 de janeiro de 1979, anexo II, sob o título de “Programa de Assistência e Previdência” — que estimou a receita e fixou as despesas do novel Estado para o exercício financeiro de

1979, entre as quais estão contempladas as relativas às aposentadorias, pensões, reformas, etc.

9 — Diante do exposto, concluímos que, ante a consulta formulada pelo Sr. Secretário de Estado de Administração, a aposentadoria poderá ser concedida ao servidor, IRINEU MARQUES DA FONSECA, pelo Exmo. Sr. Governador, “*ad referendum*”, do futuro T.C., devendo o mencionado ato governamental ser precedido, quanto ao pedido, de exame e parecer da comissão, cuja criação se sugere.

É o parecer, s. m. j.

Campo Grande, 20 de março de 1979.

Arnaldo Rodrigues

Proc. de Assuntos do Pessoal

Claudionor Miguel Abs Duarte

Proc. de Assuntos Administrativos

FUNÇÃO DE DIRETOR RETORNO A CARGO ANTERIOR

Envolve os presentes autos comunicação do Exmo. Sr. Governador do Estado de Mato Grosso ao Exmo. Sr. Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, relativa à volta do servidor Carlos Alberto Capiberibe Saldanha, que prestava seus serviços, em comissão, como Diretor-Geral do Departamento de Estradas de Rodagem de Mato Grosso (DERMAT), para o órgão congênere de Mato Grosso do Sul (DERSUL), em consequência da cessação do comissionamento.

Instruem o processo documentos que retratam a vida funcional do referido servidor, que é, conforme os mesmos, contratado pelo regime da C.L.T., e ocupante do emprego de engenheiro, referência 34.

Suscita a volta do referido engenheiro a indagação de sua possibilidade legal, face ao art. 24 e §§, da Lei Complementar n.º 31, de 11.10.77.

Por esse dispositivo, os servidores do Estado de Mato Grosso, em exercício em 31.12.78, serão incluídos em quadros provisórios, criados naquele Estado e em Mato Grosso do Sul, de acordo com suas respectivas bases territoriais, na situação funcional em que se encontrarem.

Em 31.12.78, o servidor Carlos Alberto Capiberibe Saldanha se encontrava em Cuiabá, exercendo, em comis-

são, as funções de Diretor-Geral do DERMAT, saído do 2.º DRE, sediado em Campo Grande, no qual exercia suas funções de empregado.

Face à disposição legal citada, e tendo em vista o exercício em 31.12.78 de função comissionada pelo referido servidor em Mato Grosso, poderia o mesmo voltar ao seu cargo no 2.º DRE, em Campo Grande, ou teria que se incorporar ao respectivo quadro provisório em Mato Grosso? É a questão.

A resposta, afigura-se-nos, depende da natureza jurídica da relação de emprego que o servidor em questão mantém com o Estado, bem como da natureza do cargo de confiança, ou em comissão.

Pela documentação carreada para os presentes autos, constata-se que o Dr. Carlos Alberto Capiberibe Saldanha mantém com o Poder Público Estadual uma relação de trabalho, de natureza profissional, de caráter não-eventual, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, na qualidade de optante pelo FGTS.

A vida funcional do mencionado servidor é, por conseguinte, regulada pelas normas da referida Legislação Social, na qual, mesmo tendo, no caso, o Estado como um dos sujeitos da relação, deve ser aplicada, uma vez que,

na hipótese, o Poder Público aparece, nessa relação, como qualquer particular.

A sabendas, como ensina o conceituado Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena:

“Ao Estado incumbe, pelas leis imperativas, não apenas fazer aos indivíduos respeitar esses princípios e garantias sociais mínimas, como deve ele também, Estado, na qualidade de sujeito de direito, respeitá-los. (“O Contrato de Trabalho com o Estado”, pág. 93, Edições LTR, 1975).

E, ainda:

“... observar-se-á que não ocorre incompatibilidade entre a condição de pessoa jurídica de direito público, do Estado, e a parte em um contrato de trabalho. A estrutura de nosso ordenamento jurídico, desde a Consolidação das Leis do Trabalho, propiciou condições normativas à aplicação dos princípios constitucionais de justiça social aos trabalhadores estatais não-funcionários ou equiparados” (obra cit., pág. 97).

Isso significa que o servidor em questão se encontra debaixo de uma situação legal, trabalhista, que é produzida mediante acordo de vontade, não imposta unilateralmente pelo Estado — como ocorre no regime estatutário — e, por isso mesmo, insusceptível de ser, a qualquer tempo, alterada por qualquer das partes, sem que haja a aquiescência recíproca.

Esse amparo da C.L.T. não pode ser afastado pela Lei Complementar n.º 31, de 11.10.77, porquanto a lei complementar não pode revogá-la.

Com efeito, como ensina, “*ex-Professo*”, o ínclito constitucionalista José Souto Maior Borges, em sua notável monografia, “Lei Complementar Tri-

butária”, na qual dedica profundo estudo ao tema, de forma geral:

“Não se nega a procedência da afirmação de que a lei ordinária não pode revogar a lei complementar. Todavia, partindo dessa afirmação, não é possível extrair a conclusão pela superioridade formal da lei complementar porque a recíproca é igualmente verdadeira: a lei complementar não pode revogar a lei ordinária”. E, isso, acrescenta ainda o mestre: “numa decorrência da técnica constitucional de distribuição “*ratione materiae*” de competências legislativas”, (págs. 24/, Edição R.T., 1975)

Na mesma ordem de idéias, o notável constitucionalista Celso Ribeiro Bastos, na sua não menos notável obra “Elementos de Direito Constitucional”, ensina:

“O que nos parece certo afirmar é que, em razão de possuir a primeira (Lei Complementar) matéria própria, ela possui um campo indevassável pelas demais normas do sistema. Para explicar esta inderrogabilidade é desnecessário fazer apelo a uma posição hierárquica superior. Ela justifica-se pela possessão de uma área de incidência material própria, à semelhança do que ocorre com as leis federais, estaduais e municipais. Estas também não se revogam mutuamente, exatamente em razão de possuírem matérias exclusivas. Em assim sendo, admitindo-se a separação de matéria entre as leis complementares, o que de fato existe, pois a Constituição especifica quais as matérias, com exclusão de quaisquer outras, que poderão ser objeto de tratamento por lei complementar —, resulta claro que qualquer contradição entre esta e outra espécie normativa qualquer terá forçosamente de ter sido causada por invasão da

competência de uma pela outra. Esta subversão de competência constitui-se em lesão à Constituição.” (págs. 122/123, Edição Saraiva, 1976).

Assim, se, por um lado, a lei complementar não pode revogar a lei ordinária, não pode, também, por outro lado, violentar a essência do cargo em comissão, retirando dele aquela predisposição ou caráter de transitoriedade. De fato, na correta definição do preclaro administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Cargo em comissão é aquele pre-disposto, ou vocacionado a ser preenchido *por um ocupante transitório*, da confiança da autoridade que o nomeou e que nele permanecerá enquanto dela gozar.” (grifamos) (“Apontamentos Sobre os Agentes e Órgãos Públicos”, pág. 21, edição RT., 1975).

Por conseguinte, a Lei Complementar n.º 31, sob pena de grave inversão de conceitos, não pode retirar do cargo em comissão a sua transitoriedade inerente, substituindo-a por uma situação definitiva, capaz de reter o ocupante com fixidez. Não se aplica, pois, na hipótese, a disposição contida no artigo 24 de Lei Complementar, que manda manterem-se os servidores na situação funcional em que se encontrarem.

Do exposto, evidenciada a inalterabilidade da relação jurídica do trabalho do servidor em causa pela Lei Complementar n.º 31, de 11.10.77, conclui-se que ao caso deverão ser aplicadas as normas da C.L.T.

Em abono desta conclusão, invoque-se, ainda, o art. 7.º, alínea d, da referida Legislação Social. “*In Verbis*”:

Art. 7.º;

Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:

Omissis.

d — aos servidores de autarquias paraestatais, desde que sujeitos a regime próprio de proteção ao trabalho que lhes assegure situação análoga à dos funcionários públicos.

Infere-se, naturalmente, do dispositivo citado, a contrário senso, que os servidores de autarquias, que não têm regime próprio de proteção ao trabalho, estão sujeitos aos preceitos da Consolidação. É o caso do servidor, Dr. Carlos Alberto Capiberibe Saldanha, que, como já visto, tem a regular sua relação de trabalho, não obstante servidor, a CLT.

Estabelecida, pois, a proteção da CLT à relação de trabalho do referido servidor com o Estado, necessário, finalmente, examinar-se, à luz dos princípios dessa legislação, o disposto no tocante ao exercício em cargo de comissão, ou especificamente, se o empregado, no exercício de cargo em comissão, cessada esta, tem o direito de retornar à função do cargo efetivo. A respeito dispõe o art. 450 da CLT, *in verbis*:

Art. 450.

Ao empregado chamado a ocupar, *em comissão*, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa, serão garantidas a contagem de tempo naquele serviço, *bem como volta ao cargo anterior* (grifamos).

Em suma, considerando:

que a relação de emprego do servidor em causa com o Estado é regida pela CLT;

que essa relação de emprego, na sua natureza, não sofreu qualquer alteração pela Lei Complementar n.º 31, de 11.10.77;

que, não estando o servidor referido, na autarquia a que presta serviço,

sujeito à legislação específica, equiparada a do funcionário público, conforme dispõe o art. 7.º, alínea *d* da CLT;

que a lei complementar não pode transmutar a natureza do cargo em comissão; e

que, finalmente, o cargo em comissão, exercido por empregado, como no caso do servidor em pauta, dá a este, nos termos do art. 450 da CLT, o direito de voltar ao cargo anteriormente ocupado;

Concluimos que o servidor, Dr. Carlos Alberto Capiberibe Saldanha,

tem o direito de voltar a prestar seus serviços no órgão congênere (DERSUL) deste novel Estado, órgão substituto do DERMAT.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 18 de abril de 1979.

Arnaldo Rodrigues

Proc. de Assuntos do Pessoal

Claudionor Miguel Absz Duarte

Proc. de Assuntos Administrativos

ADITAMENTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Através do Ofício n.º 394/79, oriundo da Secretaria de Infra-Estrutura, veio-nos o presente processo para se saber se podem ser aproveitados os mesmos termos do contrato e seu aditamento, celebrados entre a Diretoria de Obras Públicas do Estado de Mato Grosso e a firma INCCO - Indústria, Comércio e Construção Ltda., e, se de proveito, como poderia ser formalizado.

Exposta a indagação formulada, passamos a aduzir as seguintes considerações:

1.º — Houve um contrato — n.º 054/78 — regularmente concluído em 31.10.78, pelo qual a firma INCCO - Indústria, Comércio e Construção Ltda., se obrigou a executar, segundo o regime de empreitada por preço unitário, as obras descritas no Edital, que, por sua vez, passou a integrar, como parte inseparável, o contrato referido, não obstante deixar de constar dos presentes autos a respectiva documentação, comprovando sua realização, a qual, espera-se, tenha sido realizada.

A firma INCCO se obrigou a executar as obras descritas no contrato pelo preço de Cr\$ 9.987.135,88 (Nove milhões, novecentos e oitenta e sete mil e cento e trinta e cinco cruzeiros e oitenta e oito centavos).

2.º — A cláusula III do mencionado ajuste, atendendo à regra de que o preço normalmente é fixo e imutável, vedou expressamente o seu ajustamento, *in verbis*:

“Para as obras objeto deste contrato não haverá reajustamento de preços”.

3.º — Em 20.12.78, Contratada e Contratante assinaram um Termo de Aditamento — n.º 082/78 — no valor de Cr\$ 8.247.106,72 (Oito milhões, duzentos e quarenta e sete mil, cento e seis cruzeiros e setenta e dois centavos).

Por este Termo, o projeto inicial foi complementado e requantificado para mais, *havendo, por conseguinte, alteração nos serviços*, que inicialmente compuseram o orçamento que servia de base à licitação.

4.º — A ilegalidade do Termo de Aditamento n.º 082/78 é flagrante, porquanto não se trata de um aditivo puro e simples ao ajuste inicial, com a manutenção das demais cláusulas contratuais, que só seria possível, no caso de prorrogação prevista no Edital de Concorrência e no Contrato. Mas, na verdade, *in casu*, trata-se de Renovação de Contratos, pois que houve *inovação* em parte do ajuste *por alteração dos serviços, sendo imprescindível o procedimento licitatório, sob pena de violação do princípio constitucional da isonomia*.

Transcrevemos, por oportuno, lição do renomado Hely Lopes Meirelles, *in* “Licitação e Contrato Administrativo”. Ed. RT, 1977, páginas 259/261.

“Prorrogação do contrato é o prolongamento de sua vigência além do

prazo inicial, com o mesmo contratante e nas mesmas condições anteriores. Essa extensão do prazo de vigência do Contrato é admitida em nosso direito, sem licitação, desde que prevista expressamente no edital e no instrumento original. E compreende-se que assim seja, porque se a prorrogação pressupõe o mesmo contratante, não pode admitir qualquer modalidade de licitação que possibilite a sua substituição. O essencial é que se preveja a prorrogação, na qual, na época própria deverá ser consubstanciada em termo aditivo ao ajuste inicial”.

“Renovação do contrato é a inovação no todo ou em parte do ajuste, mantido porém o seu objeto inicial, para continuidade de sua execução, com o mesmo contratante ou com outrem. A renovação do contrato pode exigir ou dispensar licitação, conforme as circunstâncias ocorrentes em cada caso.

Normalmente, *a renovação do contrato é feita através de uma nova licitação em busca do melhor proponente para continuidade da atividade anteriormente contratada*. Em tal hipótese a Administração altera as condições contratuais que deseja atendidas e expede edital ou convite para o novo contrato, em cuja licitação pode participar o atual contratante em igualdade de condições com os demais interessados”. (grifamos)

E arremata o mestre:

“Não se confunda, portanto, renovação do contrato com prorrogação do contrato, que configuram situações jurídicas diferentes, realizam-se por formas diversas e atendem a circunstâncias administrativas distintas”.

5.º — Afirmamos, com base nos elementos carreados para os autos, que

houve inovação em parte do ajuste originário por alteração dos serviços e, que, diante de tal hipótese, seria imprescindível o procedimento licitatório, sob pena de violação ao já referido Princípio Constitucional da Isonomia.

De fato, dúvida não pode haver quanto a que a licitação é instrumento de realização plena do princípio da isonomia, fixado pelo § 1.º do art. 153 da Carta Constitucional.

Aliás, jamais foi contestada sua plena, ampla e cabal aplicabilidade à Administração Pública.

O Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello expõe-nos com singular felicidade:

“O princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração firma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em procvito ou detrimento de alguém.”

“Com efeito, sendo encarnegada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente aqueles cujos interesses representa.”

“Não sendo o interesse público algo sobre que a Administração dispõe a seu talante, mas, pelo contrário, bem de todos e de cada um, já assim consagrado pelos mandamentos legais que o erigiram à categoria de interesse desta classe, impõe-se, como consequência, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico que deve o Poder Público dispensar a todos os administrados” (“Natureza e Regime Jurídico das Autarquias”, pág. 306).

Estas linhas foram escritas como que “de encomenda” para este caso. O autor faz questão de sublinhar sua in-

tegral aplicabilidade à Administração Pública.

Uma vez que os interesses que lhe incumbe prosseguir são pertinentes à sociedade como um todo, quaisquer atos que os órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida do possível, a igualdade de oportunidade para todos os administrados.

“Todos são iguais perante a lei”, proclama solenemente a Carta Constitucional (§ 1.º do art. 153). “*A fortiori*” todos são iguais perante a Administração e seus atos, uma vez que esta nada mais faz senão agir na conformidade das leis” (op. e loc. cit.).

E, prossegue o tratadista das autarquias: “vários institutos de direito administrativo refletem claramente a importância deste princípio. Aplicação dele encontra-se, por exemplo, nos institutos da *concorrência pública* e do provimento de cargos públicos mediante concurso” (op. e loc. cit.), deixando bem explicitado o que já vem sendo insistentemente dito: a isonomia tem, na concorrência pública, um instrumento que a ela deve servir fielmente.

A análise dos casos concretos, para averiguação da plena adequação do uso dos instrumentos administrativos às exigências do princípio constitucional da isonomia, haverá de guiar-se por um critério eminentemente finalístico.

“A Administração não pode distribuir como pretenda, os benefícios econômicos dos negócios em que tenha de intervir ou os empregos em seus vários órgãos. Justamente porque nenhum destes bens tem o cunho de propriedade particular, utilizável ao alvêdrio de titular, a Administração, que gere negócio de terceiro, da coletividade, é compelida a dispensar tratamento competitivo a todo administrado” (Cel-

so Antônio Bandeira de Mello, op. e loc. cit.).

Ora, se num dado caso, se verifica que houve desobediência a tão estrita formulação e se configurou precisamente o resultado vetado pela ordem jurídica, a conclusão a se extrair é simples, lógica e forçosa: nulo é o ato. E “*quod nullum est, nullum effectum producit*”, já o ensinava a sabedoria dos glossadores medievais.

6.º — Ademais, não bastasse a ilegalidade pelo motivo apontado, a Lei Complementar n.º 31, art. 22, § 2.º, veda a assunção de obrigações e encargos financeiros pelo Estado de Mato Grosso que ultrapassem o exercício de 1978, sendo possível apenas com autorização do Presidente da República, exigência essa que não sabemos cumprida, face à inexistência de qualquer elemento comprobatório neste sentido nos presentes autos.

Conclusão:

Não há possibilidade de ser aproveitado o Termo de Aditamento n.º 082/78, por absoluta falta de viabilidade legal, impondo-se a abertura de um novo processo licitatório em busca do melhor proponente, para continuidade às obras de reforma do Estádio Arthur Marinho, em Corumbá, hoje paralisadas face à Divisão do Estado, salvo se a Administração apresentar motivos e fatos que se enquadrem nas hipóteses de dispensa prevista no Decreto-Lei n.º 19, de 01.01.79.

É o parecer, s. m. j.

Campo Grande, 07 de Maio de 1979.

Arnaldo Rodrigues
Proc. de Assuntos do Pessoal

Claudionor Miguel Abs Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

DISPENSA DE LICITAÇÃO

Excelentíssimo Senhor Doutor Harry Amorim Costa

M.D. Governador do Estado de Mato Grosso do Sul

Em atenção ao despacho proferido por Vossa Excelência no processo decorrente do OF/SSP/MS/N.º 092/79 — oriundo da Secretaria de Segurança Pública, no qual se requer a dispensa de licitação dos empenhos 070/1900 - 071/1900 - 072/1900 - 073/1900 - 074/1900 e 079/1900 bem como do empenho n.º 104/1900 destinado à cobertura de funeral do Sr. Osvaldo Pereira Setubal, cabe-nos a honra de esclarecer o seguinte:

I — O fundamento legal do pedido de dispensa foi o artigo 8.º, inciso III, do D.-Lei n.º 19, de 1.º de janeiro de 1979 — caso de emergência.

II — Contudo, o embasamento fático foi diverso, ou seja: necessidade de solicitar assessoramento de pessoas altamente especializadas, para a implantação dos Institutos de Identificação, Criminalística e Medicina Legal.

III — É certo que, em decorrência do princípio da fungibilidade da pretensão, a mera falha na qualificação legal não prejudica o pedido, mas “*ad cautelam*” preferimos lançar a cota de

fls. 23, solicitando fosse caracterizada a situação de emergência.

IV — As fls. 24, o M.D. Secretário do Estado de Segurança Pública, ainda que de maneira perfunctória, evidenciou os fundamentos fáticos de pedido de dispensa, que, como se depreende, são dois:

- a. emergência e
- b. notória especialização.

V — Quanto à alínea “a” supra, consoante a norma contida no Decreto-Lei n.º 19, art. 8.º, III, de 1979, combinado com o Decreto-Lei n.º 45, de 4.2.79, sob a inspiração legislativa do Decreto-Lei Federal n.º 200, de 25.02.67 (que dispõe sobre a organização da Administração Federal), é admissível a dispensa da licitação nos casos de emergência, caracterizada a urgência do atendimento de situação que *possa ocasionar prejuízos* ou comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos (art. 126, § 2.º, alínea b).

Sem embargo de ser o reconhecimento da emergência de valoração subjetiva, há, sempre, de estar baseada em *atos consumados ou iminentes, comprovados ou previstos*, que justifiquem a dispensa da licitação.

In casu, a justificativa fática do pedido lastreia-se em que, em havendo

licitação, “a demora de instalações desses Institutos compromete a segurança de pessoas”.

Houve, *data venia*, tão somente repetição dos termos da lei, mas não ficou caracterizada a situação excepcional ou anômala, para que o normal procedimento licitatório fosse dispensado com embasamento na emergência, a fim de evitar prejuízos ou comprometimento da segurança de pessoas.

VI — Quanto à alínea “b” supra — notória especialização — informa o M.D. Secretário de Estado da Segurança Pública, que “trata-se de consultoria que somente poderia ser prestada por pessoas especializadas” e, que, “as dificuldades são ingentes de se encontrar profissionais desse nível para assessoramento adequado”.

Com efeito, o Decreto-Lei n.º 19, em seu artigo 8.º - V, diz que é dispensável a licitação, para a “contratação de serviços com profissionais... de notória especialização a critério do Governador do Estado, mediante justificativa do órgão ou entidade interessada”.

VII — Para que a Administração não se veja burlada nos seus propósitos, é indispensável que se dê qualificação jurídica à chamada “notória especialização”. O verdadeiro sentido do dispositivo, quer nos parecer, deve ser buscado não fora de critérios discricionários, e sim dentro de critérios que surjam da existência de executores devidamente qualificados. Para nós, no entender do legislador, a possível dispensa só se dará quando se tratar de serviço relevante, tecnicamente pioneiro e que exija capacitação pessoal de conhecimentos exclusivos.

VIII — No caso *sub examine*, indubitavelmente se caracteriza o requisito

da “notória especialização”, pois é de conhecimento geral (notório), que para atividade de implantação dos Institutos de Identificação Criminalística e Medicina Legal, mister se faz assessoramento de pessoas de profundo conhecimento na área (especialização), para que possa exercer aquela atividade com o máximo de eficiência.

IX — Em assim sendo, carece de se saber se o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado poderá, agora, manifestar-se sobre o pedido, quando, esta manifestação, conforme o art. 8.º inciso V, do Decreto n.º 19 deveria ser prévia à escolha dos técnicos que já executaram os serviços de consultoria, referente à implantação dos Institutos de Identificação, Criminalística e Medicina Legal.

Os serviços prestados em regime de administração centralizada, como no caso em tela, encontram-se retidos sob o comando último do Chefe do Executivo, razão por que tem o Excelentíssimo Senhor Governador a normal, contínua e permanente disponibilidade sobre a totalidade das atividades funcionais dos órgãos subordinados, podendo exprimir o seu poder de hierarquia, enquadrando o pedido do Exmo. Sr. Secretário em outro fundamento legal e convalidando a escolha dos profissionais que executaram os serviços.

Conclusão:

Diante do todo o exposto, após o exame dos elementos de fato e de direito do pedido, somos de parecer que o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul pode dar como de notória especialização os técnicos que prestaram serviços ao Estado, através da Secretaria de Estado de Segurança Pública, relativamente aos empenhos 070/1900 - 071/1900

- 072/1900 - 073/1900 - 074/1900
e 079/1900.

Quanto à solicitação de dispensa de licitação de empenho n.º 104/1900, destinado à cobertura de funeral do Sr. Osvaldo Pereira Setubal, indiscutivelmente, se caracteriza a urgência do atendimento.

É o que nos cabe levar à consideração de V. Exa., após o exame jurídico da matéria.

Campo Grande, 21 de maio de 1979.

José Couto Vieira Pontes
Procurador Geral do Estado
Claudionor Miguel Abss Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

LICITAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Consulta-nos a COHAB - COMPANHIA DE HABITAÇÃO POPULAR DE MATO GROSSO DO SUL sobre a possibilidade da contratação de obra por sociedade de economia mista, empresa pública, autarquias e outros órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, cuja licitação tenha sido promovida por empresa pública, que não a contratante.

1) De imediato, por comodidade didática, há duas considerações a fazer:

a — Sociedade de economia mista, empresa pública e autarquias são pessoas jurídicas, termo subjetivado de direitos e obrigações, as primeiras, com personalidade jurídica de Direito Privado e, as segundas, com personalidade jurídica de Direito Público.

b — Os órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, são meras desconcentrações administrativas, desprovidas de personalidade jurídica, não sendo, pois, sujeitos de direitos e obrigações.

A estes órgãos, por não serem pessoas, falta-lhes a capacidade de contratar.

Fica, destarte, desde já, excluída a possibilidade suscitada pela consulente, em relação aos outros órgãos da Administração Pública, direta ou indireta.

2) Resta saber, se há possibilidade da contratação, objeto da consulta, em relação à empresa pública, sociedade de economia mista e autarquias.

Para o deslinde da questão, mister se faz tecer algumas considerações, ainda que perfunctoriamente, sobre o próprio procedimento licitatório, sobre o contrato que lhe é subsequente e sobre as características deste.

O procedimento da licitação é em si mesmo um meio do qual a Administração se utiliza para a concretização de um vínculo contratual; isto é, seleciona-se um proponente para contratar com a Administração. A simples eleição de um particular, como sendo o que fez a melhor proposta de contrato para com a Administração, só tem sentido quando tendente à efetiva celebração de ajuste.

Segundo o festejado Hely Lopes Meirelles, *in* "Licitação e Contrato Administrativo", págs. 5/6, "licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse."

Infere-se, pois, que a licitação é um procedimento preliminar ao contrato.

Por sua vez, o contrato administrativo é sempre consensual e realizado

intuitu personae. Com isto se afirma que é um acordo de vontades e não um ato unilateral e impositivo da Administração e que o contratante é selecionado em função de um conjunto de requisitos, entre os quais, obviamente, se incluem sua capacitação técnica para o desempenho da atividade, sua idoneidade financeira para suportar os encargos patrimoniais, sua competência administrativa para gerir o empreendimento e a sua integridade moral, medida nas empresas pela correção com que responde aos compromissos assumidos.

No caso *sub examine*, depreende-se, conforme informação de fls. 03 do MD Secretário de Estado de Infra-Estrutura Regional e Urbana, que diversas pessoas jurídicas, cada qual constituindo um centro subjetivado de direitos e obrigações, firmarão contratos distintos para execução de serviços e obras.

Contudo, o procedimento licitatório faz parte integrante do contrato, não podendo uma pessoa dispor sobre interesse de outra, o que indiscutivelmente aconteceria, se a licitação fosse realizada tão somente pela COHAB - Companhia de Habitação Popular de Mato Grosso do Sul.

Em vista do exposto, examinados os elementos de fato e de direito da consulta, quer-nos parecer, s.m.j., que não há possibilidade da contratação de obra por sociedade de economia mista, empresa pública, autarquias e outros órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, cuja licitação tenha sido promovida por empresa pública, que não a contratante.

Campo Grande, 23 de maio de 1979.

Claudionor Miguel Abss Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

AQUISIÇÃO SEM LICITAÇÃO DE EQUIPAMENTO PERMANENTE POR EMPRESA PÚBLICA

Exmo. Sr. Procurador Geral.

Consulta-nos a COHAB - COMPANHIA DE HABITAÇÃO POPULAR DE MATO GROSSO DO SUL, sobre a legalidade da aquisição, por empresa pública estadual, de equipamento permanente diretamente ao fabricante ou seu representante exclusivo, com dispensa de licitação.

O artigo 126, § 2.º, “d”, do Decreto-Lei n.º 200, de 1967, estabelece que é dispensável a licitação na aquisição de equipamentos que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos. Posteriormente, a lei federal n.º 5.456, de 21.6.1968, determinou aos Estados, que observassem as normas previstas no citado Decreto-Lei n.º 200, de 1967, relativa a licitação para compras, obras, serviços e alienações.

O Decreto-Lei Estadual n.º 19, de 01.01.79, obediente como teria de ser à legislação citada, tem dispositivo semelhante (art. 8.º, IV).

É óbvio que, sendo a licitação um procedimento pelo qual se procura obter a proposta mais vantajosa, sua realização será inteiramente inócua quando o bem só possa ser adquirido de produtor, empresa ou representante comercial que possua a exclusividade de fornecimento, por força de contrato ou por ser único existente no local, assim

entendido a área abrangida pela divulgação da licitação.

Porém, o “*punctum saliens*” da consulta, quer-nos parecer, é de se saber se a Administração pode optar quando vai comprar equipamentos permanentes, por determinada marca. De fato, o problema da escolha da marca, constitui “*vaxata quaestio*” entre os administrativistas que abordam o instituto da licitação.

Certo, um dos casos nos quais o Decreto-Lei n.º 200 dispensa a licitação é o de produto fornecido diretamente por produtor ou representante comercial exclusivo. Contudo, se se puder escolher, SEMPRE, a marca do produto estaremos também SEMPRE diante de uma permanente autorização para não realizar a licitação. Por este prisma nunca será necessário realizar licitações para os contratos de fornecimento, porque cada produto tem o seu fornecedor ou produtor.

É sabido, como nos ensina a doutrina, que “para que possa haver licitação é necessário que os bens a serem licitados sejam equivalentes, intercambiáveis e homogêneos. Não se licitam coisas desiguais. É pressuposto lógico do instituto que os bens a serem adquiridos ou os serviços a serem contratados não possuam uma individualidade tal que os torne únicos na espécie ou insusceptíveis de substituição por equivalente perfeito.” (Celso A. B. de Mel-

lo, in "Licitação — Aplicação de Normas do Decreto-Lei n.º 200, de 1967", RDP n.º 8/96).

Mas é importante considerar, por outro lado, que a marca do produto não é despreciada e em muitos casos é fundamental. Seria necessário disciplinar em que situações seria permitido ao administrador escolher a marca, como, por exemplo, na complementação ou padronização de equipamentos, bem como na aquisição de equipamentos complexos, em que há uma diferença fundamental de qualidade entre os produtos das diversas marcas, e em que a importância em si do produto é o elemento fundamental da escolha.

Merece destaque, por oportuno, exemplo citado em aula pelo ínclito administrativista Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, e referente a fatos ocorridos com ele mesmo, quando diretor da Fundação de Amparo à Pesquisa, no Estado de São Paulo. Trata-se de aquisições de microscópios eletrônicos: certos pesquisadores têm hábito, traquejo e inclusive preferência específica, como pesquisadores que são, por determinado tipo de microscópio produzido unicamente por certa fábrica. É inútil oferecer-lhes outro; eles não se adaptam e não produzem cientificamente do mesmo modo. Casos dessa ordem, que supõem um refinamento de utilização, por parte de alguém com conhecimentos altamente especializados, obrigavam a Fundação, simplesmente, a liberar a importância para o pesquisador, que passava a ser o beneficiário da importância e adquiria diretamente o produto.

A interferência do critério administrativo especificador do objeto, obviamente, tem um limite mínimo e um

limite máximo. Isto é, a elasticidade da ingerência de critério administrativo não é determinada unicamente pela vontade ou o juízo de administrador. Suas barreiras encontram-se sempre no próprio bem desejado: serviço ou produto.

No tocante ao problema da determinação da marca, quer nos parecer ser essa uma prerrogativa indispensável à Administração Pública; mas tal especificação deve ser motivada apenas pelo objetivo de identificar o bem ou serviço exatamente adequado para satisfazer o interesse público e nunca como um subterfúgio destinado exclusivamente a evitar a licitação. Para esta aferição existe a teoria do abuso ou desvio de poder.

Resumindo as considerações anteriormente feitas, recomenda-se ao consulente o seguinte: desde que o equipamento permanente a ser adquirido possua uma individualidade que o torne inassimilável com quaisquer outros da mesma espécie, é perfeitamente possível a sua aquisição, com dispensa de licitação. Entretanto, a escolha deve ser claramente justificada pelo Diretor-Presidente da Empresa por ser de sua exclusiva responsabilidade, devendo a justificativa versar sobre a necessidade e conveniência da aquisição do equipamento, preferentemente a qualquer similar, se houver, tendo em vista, sempre, os requisitos técnicos dos serviços.

É o parecer, s. m. j.

Campo Grande, 25 de maio de 1979.

Claudionor Miguel Abss Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

LICITAÇÃO NAS FUNDAÇÕES

O estudo da licitação nas fundações exige se fixem previamente as características dessas entidades, para, ao depois, analisarmos o modo e a forma de suas contratações e o procedimento seletivo conveniente para a escolha de seus contratantes.

É o que faremos a seguir, com apoio na doutrina do laureado administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello:

“As fundações de direito privado criadas pelo Poder Público submetem-se às regras de Código Civil pertinentes, previstas nos arts. 19, 24 e seguintes. Sem embargo, o simples fato de se originarem da vontade estatal e terem seu patrimônio constituído, ainda que parcialmente, por recursos públicos, ou a circunstância de serem subvencionadas por cofres governamentais, acarretam efeitos peculiares em seus regimes.

Desde logo, cumpre observar que não podem surgir senão em decorrência de uma lei. Faleceria ao Executivo a possibilidade de concorrer para o nascimento de uma pessoa, ou pura e simplesmente dar-lhe nascimento sem prévia autorização legal. Demais disso, a locação de recursos públicos para a formação de seu patrimônio ou para

subsidiá-la está, de mesmo modo, condicionada à existência legal.

No caso, entretanto, por se tratar de entidade privada, não bastaria a lei autorizadora. Seu processo de origem requer a obediência aos requisitos previstos no diploma Civil para a entronização da criatura no universo jurídico.

A gestão dos negócios da entidade, isto é, dos seus bens, assim como a persecução das finalidades que lhe tenham sido assinaladas no ato constitutivo, caberão aos órgãos previstos diretamente na lei ou nos Estatutos elaborados com obediência à realização dos propósitos nela estabelecidos, e normalmente aprovados pelo Executivo, mediante decreto”. (“Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta”, Ed. RT, págs. 166/167).

As fundações, embora instituídas pelo Poder Público, ficam desvinculadas da rigidez das normas administrativas do Estado, para só se sujeitarem à lei especial de sua instituição e às regras organizatórias e operacionais de seu estatuto e, agora, ao controle de contas na forma específica da lei n.º 6.223, de 14 de junho de 1975. Seus métodos operacionais são os das empresas privadas; seus negócios admitem lucro, seu pessoal é empregado de em-

presa, regido em tudo e por tudo pela Consolidação das Leis de Trabalho e pelas normas acidentárias e previdenciárias comuns. Somente para fins criminais, quanto às infrações relacionadas com a função, é que seus dirigentes e empregados são equiparados a funcionário público, por expressa determinação do parágrafo único do artigo 327 do Código Penal, que reza: "Equipara-se a funcionário público, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal". Por igual razão, os atos de seus dirigentes, quando ofensivos de direito individual, líquido e certo, sujeitam-se a mandado de segurança por conterem delegação do Poder Público (Lei n. 1.533/51, art. 1.º, § 1.º), e, se ilegais e lesivos do patrimônio público, podem ser invalidados por ação popular (Lei n.º 4.717/65, art. 1.º).

Ademais, as fundações nascem despidas de privilégios estatais e de poder de império, só auferindo parciais prerrogativas que lhe forem concedidas por lei especial, necessárias ao pleno desempenho de suas finalidades estatutárias.

Nesta ordem de raciocínio, quanto à licitação, dispõe o artigo 1.º do Decreto-Lei Estadual n.º 19, de 01 de janeiro de 1979:

"As obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública Direta e autárquica do Estado efetuar-se-ão com estrita observância dos princípios da licitação."

Referido artigo delimita o campo de incidência da Lei, determinando sua obrigatória aplicação a todas as obras, serviços, compras e alienações realizadas pela Administração centralizada, dita direta, e por suas autarquias.

Administração, no texto, significa a entidade, o órgão ou a repartição pú-

blica que exerce atividade administrativa. Direta é a que compreende os órgãos e repartições, sem personalidade jurídica, que integram a estrutura do Estado. Autárquica, uma das modalidades da administração descentralizada, é a relativa às autarquias que, embora vinculadas ao Estado e exercendo função pública típica, têm personalidade jurídica própria e são autônomias na sua administração e na aplicação de seus recursos, regendo-se por normas específicas, emanadas do Poder Estatal que as institui.

Observa-se que o dispositivo não cuida das outras entidades da administração descentralizada — fundações mantidas pelo Estado, sociedades sob seu controle, empresas públicas estaduais — porque essas, ainda que exercendo função de interesse público, não se confundem com o Estado, regendo-se pelas normas de direito privado e obedecendo unicamente às diretrizes traçadas por seus atos constitutivos e estatutos. Destarte, não poderia a Lei Estadual submetê-las às suas regras porque estaria invadindo área de competência exclusiva da União (Constituição da República, art. 8.º, XVII, b).

Delineada, assim, a organização e a forma de atuação das fundações, vejamos o modo de suas contratações para obras, serviços, compras, alienações de seus bens, indicando-se o procedimento seletivo conveniente à escolha de seus contratantes.

Se é certo, como ensina o preclaro administrativista Hely Lopes Meirelles — sem dúvida, quem melhor trata do instituto da licitação entre nós — "que as entidades paraestatais não estão obrigadas, pela lei geral (Decreto-Lei n.º 200/67) à licitação formal das entidades públicas (estatais e autárquicas), não é menos certa a conveniência de

um procedimento seletivo simplificado para suas contratações, no qual se observem os princípios (não as normas) da licitação administrativa. A propósito, criticando a liberalidade da atual legislação em relação às paraestatais, sugerimos que a licitação constituísse a regra para toda a Administração, direta e indireta, abrangendo as contratações das empresas públicas e das sociedades de economia mista, e, até mesmo, das fundações instituídas ou subvencionadas pelo Poder Público, mas abrindo-se as exceções aos casos de justificada conveniência negocial, e impondo-se, como regra, a escolha de contratantes por procedimento seletivo simplificado, adequado ao objetivo estatutário de cada entidade. Mas ainda não é assim. O nosso direito legislado propicia a mais ampla liberdade às entidades paraestatais, eximindo-as totalmente de qualquer procedimento licitatório, quando, no setor privado, as empresas de maior vulto já procuram resguardar-se de maus contratos através de procedimentos seletivos, ou assemelhados aos da licitação pública.

O mesmo vem ocorrendo com algumas entidades paraestatais que, por iniciativa própria, altamente elogiável, se impuseram, por disposição estatutária ou por deliberação da Diretoria, a obrigatoriedade de um procedimento seletivo simplificado e adequado aos seus objetivos empresariais, como é o caso do METRÔ de São Paulo, da EEMPLASA, da CEAGESP, e outras empresas do Estado e do Município, que se autolimitaram na liberdade de contratar, elaborando e publicando o seu "Regulamento de Contratações".

Essa conduta supletiva da omissão da lei nacional, ainda segundo o mestre advogado, é salutar e recomendável, por

atender à moralidade administrativa e ao mesmo tempo permitir a adequação do procedimento seletivo às especificidades de cada entidade, além de tornar certa, estável e vinculante para as partes, todas as regras de competição seletiva.

Nada impede, continua o Prof. Hely Lopes Meirelles, entretanto, que a própria entidade que estabeleceu o procedimento seletivo conveniente aos seus negócios, indique as hipóteses de contratação direta, as quais, em ocorrendo, serão justificadas pelo órgão interessado e aprovadas pela Diretoria, em cada caso. Concilia-se, assim, a liberdade e probidade administrativas, deveres genéricos de todo gestor de bens e dinheiros públicos, ainda que administrados em moldes da iniciativa privada.

O essencial, nesses procedimentos seletivos simplificados, arremata o íncrito administrativista, é que se observem os princípios (não as normas) da licitação das entidades públicas, e tais são: formalidades mínimas; igualdade entre os proponentes; publicidade dos atos; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; e adjudicação compulsória ao vencedor. Todos esses princípios são fundamentais, e a ausência ou infringência de qualquer deles resultará a ineficácia e a nulidade do procedimento seletivo. ("A Licitação nas Entidades Paraestatais", *in* RDA 132/37).

Na verdade, a doutrina é uníssona, no sentido de que os princípios da licitação (e não as normas) são também aplicáveis às fundações governamentais, pois tais entidades são afetadas pelo regime jurídico-administrativo, participando, ao mesmo tempo, de algumas das prerrogativas e sujeições

que afetam a administração centralizada.

Dizer, assim, que as fundações operam sob regime de direito privado não significa divorciá-las do controle público ou relegá-las ao desregramento ou à incúria na aplicação de recursos oriundos de erário.

Mas, de outra parte, o zelo pela coisa pública não autoriza o intérprete a fazer tábula rasa da opção fundamental do legislador, que visou precisamente a colocar essas entidades fora da rotina burocrática e dos processos formais e rígidos da administração direta, operando como se fosse empresa privada.

Entre esses dois pólos pendulares está o justo ponto de equilíbrio, para a resposta à consulta formulada.

Isto posto, concluímos que as fundações estão sujeitas aos princípios da licitação — formalidades mínimas, igualdade entre os proponentes; publicidade dos atos, sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite — que não se confundem com o procedimento administrativo das licitações públicas, instituído em lei para os negócios praticados no âmbito da administração direta, ou autárquica.

É o parecer, s. m. j.

Campo Grande, 30 de maio de 1979.

Claudsonor Miguel Absz Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

DOAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

Doação de bens públicos à Universidade Estadual de Mato Grosso — Não é perfeito o ato de doação de terreno sem escritura pública, que é substância desse ato, conforme art. 134 do Código Civil.

Consulta o M.D. Secretário de Desenvolvimento Econômico se é legal a revogação de lei estadual n.º 3.839 que autorizou doação à Universidade Estadual de Mato Grosso de seis partes de terras, situadas nas proximidades daquela Universidade, perfazendo a área total de 119 has e 8.310 m², porquanto em uma das partes doadas estão localizadas as instalações do IAGRO e AGROSUL.

Entendeu, inicialmente, o Sr. Secretário, através do expediente SDE/GS - 147/79, que não havia necessidade da revogação total da Lei 3.839, mas apenas de exclusão de parte (99,8 has) da área doada, necessária ao funcionamento e à expansão dos órgãos estaduais acima citados e outros que porventura viessem a ser instalados naquele local.

Posteriormente, em aditamento ao expediente SDE/GS - 147/79, encaminhou o Sr. Secretário à Procuradoria Geral, o memorial descritivo e a planta da área de 12 has e 4.220 m², onde estão situadas as instalações do IAGRO e da AGROSUL, esclarecendo-se que se trata de área isolada, limitada pelo Córrego Bandeira, por terras de Tokuei Nacao e pela Avenida Senador Filinto Müller, e que atenderia, sem prejuízo

para a Universidade, às necessidades dos Órgãos Estaduais nela localizados.

Feito o relatório, apresento a V. Exa., Sr. Procurador Geral, o parecer desta Procuradoria de Assuntos Administrativos.

Importante, de início, uma análise do art. 1.º da Lei n.º 3.839, de 10 de dezembro de 1976.

Artigo 1.º — Fica o Poder Executivo autorizado a doar, à Universidade Estadual de Mato Grosso, os seguintes imóveis localizados em Campo Grande, numa área total de 119 has e 8.310,80 m².

É pressuposto lógico, portanto, que a Lei Estadual n.º 3.839 apenas autorizou a doação, que se aperfeiçoaria com a outorga da escritura, consoante disposições do Código Civil, que regulam o instituto. Específico é o art. 1.168: a doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular.

Sob o prisma jurídico dos pensadores civilistas, cumpre indagar se se completou uma doação onde não tenha sido observado o preceito supra, ou seja, a forma prescrita em lei.

Entendem os autores, unanimemente, que não.

A lei procura dar a determinados atos um revestimento jurídico especial,

por via do qual lhes atribui consistência e validade. A esse revestimento dá-se o nome de FORMA, que, na definição de CLOVIS BEVILACQUA, é o conjunto de solenidades que se devem observar para que a declaração da vontade tenha eficácia jurídica.

A lei exige instrumento público, como forma especial, no caso de contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a dez mil cruzeiros, conforme se vê no art. 134 do Código Civil (hoje Cr\$ 10,00).

Da definição de doação contida no art. 1.165 do Código Civil, e consoante a interpretação de eminentes hermenêutas, o instituto da doação é caracterizado assim:

- a) É um contrato unilateral, gratuito e solene;
- b) é contrato, porque exige acordo de vontades;
- c) é unilateral, porque somente uma das partes assume obrigações (o doador);
- d) é gratuito, porque somente uma das partes tira vantagens (o donatário);
- e) é solene, porque exige redação escrita, formalizada (art. 1.164 a art. 134 do Código Civil).

A doação deverá, pois, **SEMPRE**, ser feita por escritura pública quando, como no caso da consulta, tiver por objeto imóveis de valor superior a Cr\$ 10,00 (valor atualizado, correspondente a dez mil cruzeiros em 1952). O art. 134, referido, considera nuclear a escritura ao dispor que nos casos supra mencionados *é da substância do ato a escritura pública*.

É lícito chegar ao entendimento desta forma, por que uma doação que não se tenha revestido da formalidade essencial para validade do ato, isto é,

sem que tenha sido outorgada por escritura pública, será nula pela não observância daquela prescrição legal: a FORMA.

É pacífico o entendimento doutrinário-jurisprudencial ser nulo o ato em que tenha sido preterida alguma solenidade que a lei considera essencial para sua validade.

Esse entendimento foi acolitado pela Lei n.º 4.717 — Ação Popular Constitucional — que, no art. 2.º, letra b, estatui que serão nulos os atos considerados lesivos ao Poder Público, *quando haja vício de forma que consista na observância incompleta ou irregular de formalidade indispensável à existência ou seriedade do ato* (grifo nosso) — (José Afonso da Silva — “Ação Popular Constitucional” - pág. 142).

A invocação do preceito do remédio constitucional é meramente exemplificativa, não sendo aplicável à espécie em questão, eis que, em nenhum momento, apesar da ilegitimidade do ato da doação, não se revestiu ele de ilicitude. Apenas inobservou a formalidade, considerada essencial para sua eficácia e conseqüentemente para produzir efeitos válidos no campo jurídico.

Não tendo sido, pois, outorgada a escritura, que é substância do ato, a doação, a que se refere a Lei Estadual n.º 3.839, não é perfeita ou acabada, podendo, conseqüentemente, a Administração, através de ato bastante, fazer a supressão da área de 12 has e 4.220 m², onde estão situadas as instalações do IAGRO e da AGROSUL.

Claudionor Miguel Abs Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

FARMÁCIA — LICENCIAMENTO — RESPONSABILIDADE TÉCNICA DE PRÁTICO

Exmo. Sr. Procurador Geral,

Veio-nos o presente processo, para opinarmos a respeito do pedido de reconsideração de fls. 02/09, no qual o Sr. Tito Marques da Silva requer o licenciamento, sob a sua responsabilidade técnica, do estabelecimento farmacêutico denominado *Paraná*, sito à Av. Brasil s/n, na cidade de Rio Negro, neste Estado.

Exposta a indagação formulada, passamos a aduzir as seguintes considerações:

1.º) O Estado, ou quem faça as suas vezes, na prática de atos administrativos, pode se encontrar em duas posições antagônicas: ora deve se cingir a estritas determinações legais, a obedecer o comando da norma, em se verificando as condições de fato por ela prescritas, no caso particular considerado; ora pode apreciar a conveniência ou oportunidade dentro das soluções legais admitidas de forma indeterminada, de modo a proceder desta ou daquela maneira.

No primeiro caso, diz-se que a Administração Pública a respeito dessa matéria tem poderes vinculados ou legais e, assim, o ato administrativo é de caráter vinculado ou legal.

No segundo caso, diz-se que a Administração Pública, a respeito da prerrogativa de emanar o ato, ou o seu conteúdo, tem poderes discricionários ou políticos, e, assim, o ato administrativo é de caráter discricionário ou político.

2.º) Verifiquemos, ante os conceitos expostos, qual a natureza de que participa o ato pretendido pelo recorrente: se vinculado ou se discricionário.

3.º) Pelo pedido constata-se, em síntese, que o recorrente deseja o licenciamento de seu estabelecimento mediante sua assistência técnica.

4.º) A assistência técnica é, como regra geral, deferida a farmacêutico devidamente habilitado e, excepcionalmente, a técnico ou oficial de farmácia.

5.º) A hipótese dos autos é a excepcional, ou seja, a assistência técnica através de oficial de farmácia, que é a condição do recorrente. Está regulada no artigo 28 do Decreto n.º 74.170, de 10.06.74, que regulamenta a Lei n.º 5.991, de 17.12.73. Esse dispositivo estabelece:

Art. 28 — O poder público, através do órgão sanitário competente dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, poderá licenciar farmácia ou drogaria sob a responsabilidade técnica

ca de prático de farmácia, oficial de farmácia ou outro, igualmente inscrito no Conselho Regional de Farmácia respectivo, na forma da lei, desde que:

I — o interesse público justifique o licenciamento, uma vez caracterizada a necessidade de instalação de farmácia ou drogaria no local; e

II — que inexista farmacêutico na localidade, ou existindo não queira ou não possa esse profissional assumir a responsabilidade técnica pelo estabelecimento.

§ 1.º — A medida excepcional de que trata este artigo poderá, inclusive, ser adotada, se determinada zona ou região, urbana, suburbana ou rural, de elevada densidade demográfica, não contar com estabelecimento farmacêutico, tornando obrigatório o deslocamento do público para zonas ou regiões mais distantes, com dificuldade para seu atendimento.

§ 2.º — Entende-se como agente capaz de assumir a responsabilidade técnica de que trata este artigo:

a) o prático ou oficial de farmácia inscrito em Conselho Regional de Farmácia;

Omissis.

Complementando, dispõe o art. 29 do mesmo Decreto:

Art. 29 — Ocorrendo a hipótese de que trata o artigo anterior, itens I, II e § 1.º, os órgãos sanitários competentes dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, farão publicar edital na imprensa diária e na oficial, por oito dias consecutivos, dando conhecimento do interesse público e necessidade de instalação de farmácia ou drogaria em localidades de sua respectiva jurisdição.

Parágrafo único: Se quinze (15) dias depois da última publicação do

edital não se apresentar farmacêutico poderá ser licenciada farmácia ou drogaria, sob a responsabilidade de prático de farmácia, oficial de farmácia, ou outro igualmente inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei, mencionados no § 2.º do artigo anterior, que o requeira.

6.º) Verifica-se, pois, pela leitura das normas legais transcritas, que só em caso muito especial é licenciada farmácia ou drogaria com a responsabilidade técnica de prático ou oficial de farmácia, responsabilidade esta que, nos termos da Lei, só é concedida verificadas três condições fundamentais: falta de farmacêutico, interesse público e necessidade da existência de farmácia ou drogaria no local, sendo certo que, ocorrida a hipótese, que deve ser devidamente apurada, o órgão sanitário estadual é obrigado a dar ampla publicidade na imprensa diária e na oficial sobre o interesse público e necessidade de instalação de farmácia ou drogaria na localidade em causa, para, finalmente, se não se apresentar nenhum farmacêutico, dentro do prazo estipulado no § único do artigo 29, licenciar o estabelecimento sob a responsabilidade de prático de farmácia ou oficial de farmácia.

7.º) Cumpre assinalar, ainda, que o prático ou oficial de farmácia que pleiteia a responsabilidade técnica, no caso em foco, deve provar sua regular inscrição no Conselho Regional de Farmácia, que lhe dê a devida habilitação legal.

8.º) Assim sendo, no caso dos autos, o ato da administração, requerido, seria, por natureza, vinculado, eis que, só poderá ser praticado se o órgão sanitário estadual, obedecendo aos arts. 15, § 3.º, da Lei n.º 5.991, e 28 e 29

do Decreto n.º 74.170, verificar que o recorrente preencheu cabalmente as condições estabelecidas nos referidos dispositivos, obedecidos, ainda, para o licenciamento, os requisitos determinados pelos arts. 23 e seguintes da Lei n.º 5.991, de 17 de dezembro de 1973, a arts. 15 e seguintes do Decreto n.º 74.170, de 10 de junho de 1974, que regulamentou a referida lei.

É o parecer, s.m.j. De 08 de junho de 1979.

Claudionor Miguel Abs Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

Arnaldo Rodrigues
Proc. de Assuntos do Pessoal

AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO A EMPRESA OU REPRESENTANTE COMERCIAL EXCLUSIVO

Exmo. Sr. Procurador Geral,

Veio-nos o presente processo em decorrência do despacho de fls. do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

Pondera o M.D. Secretário de Estado de Fazenda que o serviço de fiscalização, à época da colheita da safra de arroz e da soja, encontrava-se completamente desequipado de postos fiscais volantes e de veículos de fiscalização móvel, o que gerava impossibilidade de exercer qualquer controle da movimentação dos produtos em fase de escoamento.

Para dirimir este impasse, contratou o M.D. Secretário, diretamente da VOLKSWAGEN DO BRASIL S/A., o fornecimento de 16 Kombis e 20 Sedans 1.300, sendo, afinal, os veículos entregues em 15 de maio do ano corrente.

O artigo 126, § 2.º, "d", do Decreto-Lei n.º 200, de 1967, estabelece que é dispensável a licitação na aquisição de equipamentos que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos. Posteriormente, a Lei Federal n.º 5.456, de 21.6.1968, determinou aos Estados, que observassem as normas previstas no citado Decreto-Lei n.º

200, de 1967, relativas a licitação para compras, obras, serviços e alienações.

O Decreto-Lei Estadual n.º 19, de 01.01.79, obediente como teria de ser à legislação citada, tem dispositivo semelhante (art. 8.º, IV).

É óbvio que, sendo a licitação um procedimento pelo qual se procura obter a proposta mais vantajosa, sua realização será inteiramente inócua quando o bem só possa ser adquirido de produtor, empresa ou representante comercial que possua a exclusividade de fornecimento, por força de contrato ou por ser único existente no local, assim entendido a área abrangida pela divulgação da licitação.

Por outro lado, a urgência evidencia-se insofismavelmente, porque estando em plena safra agrícola e, como demonstrado no expediente dirigido ao Excelentíssimo Senhor Governador pelo M.D. Secretário de Estado de Fazenda, a ausência de fiscalização, por falta de veículos de fiscalização móvel, causaria uma evasão natural de receitas com o conseqüente prejuízo ao patrimônio público, exigindo, pois, rápidas providências do Poder Público para debelar ou minorar suas conseqüências lesivas, o que não aconteceria, caso se seguissem as normas comuns para a realização de compras,

porquanto não haveria tempo hábil para contratação, antes do término da safra agrícola.

Considera-se, ainda, que o Governo se instalou no dia 1.º de janeiro de 1979, impondo ao seu esquema uma atividade emergencial e comprimida no tempo na adoção de medidas e ações administrativas.

Muito embora a urgência envolva um juízo de mérito (conveniência e oportunidade) do administrador, no caso em tela, além de envolver contratações com distribuidor exclusivo, esta ação discricionária se encontra dentro

dos parâmetros legais, motivada pela premência de tempo disponível para concretização de normal procedimento licitatório, sendo, pois, perfeitamente cabível a ratificação da compra pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

É o parecer, s. m. j.

Campo Grande, 21 de junho de 1979.

Claudionor Miguel Absz Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

PROCESSO N.º 166/1979

PARECER PGE/139/79

PEDIDO DE GRATIFICAÇÃO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO

Dr. OVIDIO PEREIRA, 1.º Promotor de Justiça da Comarca de Três Lagoas, requer, neste processo, a concessão de gratificação adicional por tempo de serviço, correspondente a 30% (trinta por cento) sobre o seu vencimento-base.

O requerente, face à edição do Decreto-Lei n.º 24, de 01.01.79, alega direito adquirido sobre a percepção do adicional referido, com base no art. 79, da anterior Lei n.º 2.927, de 15 de janeiro de 1969.

A questão a ser deslindada, pois, diz respeito à existência ou não de direito adquirido em favor do requerente.

Define-se direito adquirido “como o direito definitivamente constituído segundo a lei vigente no momento em que se forma e o qual se incorpora ao patrimônio de seu titular, não podendo ser revogado por lei nem por ato de terceiro” (“Novo Dicionário Jurídico Brasileiro” — José Nánfel - Edição José Konfino - 1965 - Vol. II, pág. 223).

Dos dados constantes dos autos constata-se que o requerente completou 15 anos de serviço em 10 de abril de 1979, já na vigência do Decreto-Lei n.º 24, de 01 de janeiro de 1979.

É evidente, assim, que não está configurado o direito adquirido que

alega o ilustre requerente. Tal ocorreria se, na vigência da lei 2.927, tivesse o requerente completado os 15 anos de serviço. Não implementada a condição prevista na referida lei, havia, apenas, no caso, uma expectativa de direito.

Por outro lado a mutação do regime legal que disciplina o exercício das funções dos membros do Ministério Público se insere na faculdade que tem o Estado de dispor sobre as condições estimadas convenientes para a boa realização do serviço público, obrigando o funcionário que tem com o Estado um vínculo de natureza institucional ou estatutário, no sentido de que, conforme ensina o ínclito Celso Antônio Bandeira de Mello, “o funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado e, por isso mesmo, suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por ele, sem que o funcionário possa se opor à mudança das condições de prestação de serviço, de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra, de regime jurídico. Tal colocação não implica inexistência de direito adquirido por funcionário, pois, como ressalta o mes-

mo mestre, “isto não significa, todavia, que da relação de função pública jamais surjam direitos adquiridos para o funcionário em face do Estado. As próprias normas estatutárias podem figurar e figuram inúmeras vezes situações que se configuram em favor do funcionário, consolidando direitos que se integram em seu patrimônio” (*in* “Apontamentos Sobre os Agentes e Órgãos Públicos” — Editora RT, págs. 10/11 e 13).

Para aclarar a questão, o referido administrativista concretiza o seguinte exemplo: “Se a lei dispuser que após 5 anos de exercício o funcionário tem direito à licença-prêmio, parcialmente conversível em pecúnia completados os 5 anos, mesmo que o funcionário só a solicite depois do advento de lei que cancele tal benefício (ou lhe modifique as condições de obtenção, ou elida a possibilidade de recebê-la parcialmente em dinheiro) tem direito adquirido à sua obtenção nos termos e condições estabelecidos pela lei vigente à época em que completou os 5 anos de exercício. Pelo contrário, se faltar um único dia para implementar o prazo fi-

xado na lei como atributivo do direito, e nova lei extinguir o benefício ou alterar-lhe os requisitos de obtenção, ao funcionário de nada valerá alegar que a legislação era outra quando ingressou no funcionalismo. Com efeito, antes de vencido o prazo, só existe expectativa de direito, mas não direito adquirido” (*idem*, pág. 14).

De todo exposto, conclui-se que o requerente não tendo completado 15 anos de serviço durante a vigência da Lei n.º 2.927, de 15.01.69, ab-rogada pelo Decreto-Lei n.º 24, de 01 de janeiro de 1979, que, de forma diversa, no seu art. 84, disciplina a concessão de adicional por tempo de serviço, era detentor, apenas, de uma expectativa de direito, e não de direito adquirido à percepção dos 30% como alega e requer.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 16 de julho de 1979.

Arnaldo Rodrigues
Proc. de Assuntos do Pessoal

PROCESSO N.º 705/79

PARECER PGE/146/79

ESCLARECIMENTO SOBRE A APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI N.º 108, DE 7/6/78

As Associações de Agentes Fiscais — FISCOSUL — e dos Exatores — AEEMAT — solicitaram, no presente processo, esclarecimentos ao Exmo. Sr. Secretário de Administração do Estado a respeito do significado ou definição da expressão vencimento-base ou salário-base, tendo em vista a aplicação do abono de 40%, concedido pelo Decreto-Lei n.º 108, de 07 de junho de 1979, aos servidores integrantes do Quadro Provisório do Estado.

Em consequência, foi exarado respeitável parecer a fls. 05/06, no qual, em resumo, se conclui: 1) que a expressão vencimento-base é tomada, no referido Decreto-Lei, no sentido restrito, isto é, de parcela fixa; 2) que o abono concedido incide, tão-somente, sobre essa parcela-base, não abrangendo as vantagens ou acréscimos que compõem a remuneração dos servidores representados pelas Associações ora requerentes.

Exarado o parecer, foi apresentado pedido de reconsideração, pelo que o Exmo. Sr. Secretário de Administração solicita a esta Procuradoria parecer.

É o relatório.

Sem dúvida, os conceitos sobre a expressão vencimento-base, expedidos no respeitável parecer de fls. 05/06,

encontram guarida na melhor doutrina, muito bem representada pelo citado e preclaro mestre do Direito Público, professor Hely Lopes Meirelles.

Todavia, para o deslinde da questão "*sub examine*", julgamos mister abordar aspectos outros que o caso comporta.

O pessoal fazendário representado nos autos pelas aludidas Associações, é, de fato, integrante do Quadro Provisório do novel Estado, usufruindo um regime especial de retribuição pela prestação de serviços. Esse regime está atualmente definido, quanto aos Agentes Fiscais, pelo Decreto n.º 154, de 06 de julho de 1979, e, quando aos Exatores, pelo Decreto-Lei n.º 104, de 06 de junho de 1979, republicado no Diário Oficial de 12 de junho de 1979, o qual, ainda mais, sublinhe-se, se refere genericamente ao grupo ocupacional — tributação, arrecadação e fiscalização. Tal regime praticamente é a reprodução do sistema que, nessa área dos servidores, já era adotado, há tempo, pelo Estado de Mato Grosso.

Os diplomas legais referidos dispõem que os servidores em questão perceberão uma remuneração constituída de uma parte fixa, equivalente ao vencimento-padrão da classe a que pertencem.

cerem e de uma parte variável consubstanciada em gratificação especial de produtividade fiscal, obedecendo ao critério de Unidade de Produção ou Ponto (art. 2.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 104, e art. 1.º, incisos I e II, do Decreto n.º 154).

Especificamente quanto à Unidade de Produção ou Ponto, os Decretos aludidos dispõem mais:

Decreto-Lei n.º 104:

Art. 3.º:

“O valor de cada ponto é fixado em Cr\$ 11,50 (Onze cruzeiros e cinqüenta centavos) e será reajustado juntamente com o vencimento-padrão do grupo ocupacional - tributação, arrecadação e fiscalização, na mesma proporção deste, sempre que o Estado conceder aumento aos seus servidores”.

Decreto n.º 154:

Art. 2.º: *“Para efeito de determinação da gratificação variável e do Prêmio Desempenho, fica criada a Unidade de Produção, denominada Ponto, cujo valor monetário é de Cr\$ 11,50 (Onze cruzeiros e cinqüenta centavos)”*

Parágrafo único: o valor da unidade a que se refere este artigo, será reajustado juntamente com o vencimento-padrão da classe e na mesma proporção deste, sempre que o Estado conceder aumento aos seus servidores”.

Confrontando-se os referidos diplomas legais com o Decreto-Lei n.º 108, de 07 de junho de 1979, que concede o abono de 40% aos integrantes do Quadro Provisório, de que faz parte o pessoal fazendário, constata-se um conflito que é, diga-se desde logo, apenas aparente, de vez que o Decreto-Lei n.º 108, por ser norma de caráter geral não pode modificar disposições de lei especial, como são as do Decreto-Lei n.º 104 e Decreto 154, conforme princí-

pio legal agasalhado pelo § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe, *in verbis*:

“A Lei nova, que estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

A sabendas, comentando o referido dispositivo, Limongi França, festejado civilista, preleciona:

“O preceito teve por escopo tornar mais claro o teor do artigo 4.º da Lei de introdução de 1946. Em suma, o seu sentido é o de que a lei nova e a antiga, sendo esta geral e aquela especial, e vice-versa, podem vigor concomitantemente desde que a disposição de uma não colida com a da outra” (“Manual de Direito Civil” - Vol. I - 3.ª edição - RT - 1975, pág. 34).

Na espécie quer nos parecer inexistir colisão, pois entre os referidos diplomas legais não há incompatibilidade, porquanto coexistem harmonicamente dentro do ordenamento normativo do Estado de Mato Grosso do Sul. Na verdade, as categorias funcionais dos Exatores e Agentes Fiscais, a despeito de pertencerem ao quadro provisório do Estado de Mato Grosso do Sul, não estão, quanto à forma de majoração salarial, abarcadas exclusivamente pelo Decreto-Lei n.º 108, vez que estão também abrangidas, quanto a esse aspecto, pelas disposições retro-transcritas, dos diplomas legais 104 e 154 que dispõem *especialmente* à esta gama de servidores, compelindo o Estado a conceder aumento do valor da Unidade de Produção, denominada Ponto, na mesma proporção e ocasião do aumento do vencimento-padrão dos demais servidores do quadro provisório.

Poder-se-ia objetar que a legislação especial citada não se aplica aos servi-

dores em questão, uma vez que o Decreto-Lei n.º 104 refere-se em seu artigo 1.º ao Quadro Permanente do Estado de Mato Grosso do Sul.

Acontece, porém, que, anteriormente, o Decreto-Lei Estadual n.º 66, de 27 de abril de 1979 - Código Tributário Estadual - dispôs em seu artigo 258:

"Fica atribuída, aos servidores do Grupo Ocupacional Fisco, uma gratificação especial de produtividade fiscal".

Adiciona em seu parágrafo 1.º:

"A gratificação a que se refere este artigo será regulamentada por Decreto do Executivo".

O parágrafo em foco, na linguagem dos constitucionalistas, é uma norma de eficácia contida, não dependendo de norma integrativa ulterior no tocante à sua aplicabilidade, dependente que é tão somente de regulamentação (Cf. v.g. Celso Ribeiro Bastos, *in* "Elementos de Direito Constitucional", ed. Saraiva, pág. 67).

Ora, o Decreto-Lei n.º 104 a par de criar cargos em comissão na Secretaria da Fazenda, dá outras providências, prescrevendo, outrossim, normas que têm por objetivo facilitar a execução do artigo 258 do Decreto-Lei n.º 66, que criou a gratificação adicional, valendo, quanto a este aspecto, como simples regulamento.

Ademais, a gratificação especial prevista no artigo 258 do Decreto-Lei n.º 66 foi concedida legalmente a todos servidores do Grupo Ocupacional Fisco, não distinguindo o legislador o Quadro, como fez o Decreto-Lei n.º 104 em seu artigo 1.º, nem ordenando o legislador, no parágrafo 1.º do artigo 258, que cada categoria funcional do Grupo Fisco tivesse separadamente a sua regulamentação, como fez o Decreto n.º 154 ao se referir, ao regula-

mentar este dispositivo, exclusivamente aos Agentes Fiscais.

É sabido, porém, que onde a lei não distingue não cabe ao administrador distinguir, isto porque administrar é aplicar a lei de Ofício, ou, como diz, com extrema felicidade, Fritz Fleiner, "administração legal é a posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições" (Apud. Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* RDP - Vol. 2/49). Conseqüentemente, referida regulamentação, deve-se estender a todo Grupo Ocupacional Fisco, sem distinção.

A prevalecer esta regulamentação apenas aos Agentes Fiscais, dada a referência a esta categoria funcional pelo Decreto n.º 154, despontaria, outrossim, clara a violação ao princípio Constitucional da isonomia (Art. 153, § 1.º da Constituição Federal), que diz que todos são iguais perante a lei. Ora, se todos são iguais perante a lei, como proclama a Constituição Federal "*a fortiori*" todos são iguais perante a Administração e seus atos, uma vez que esta nada mais faz senão agir na conformidade das leis.

Por outro lado, a confirmar a aplicação do abono de 40% sobre a parte variável da remuneração dos servidores fazendários, há, ainda, o escopo que presidiu a concessão do abono, o qual, conforme os considerandos do Decreto-Lei n.º 108, constituiu-se "em necessidade premente de tomada de medidas que visem minimizar os efeitos da desvalorização da moeda e sua repercussão no campo social".

É evidente que, a prevalecer, por hipótese, o entendimento de que o abono só incidiria sobre a parte fixa da remuneração, o objetivo definido no Decreto-Lei n.º 108 não seria atingido, mas, sim, frustrado, eis que, "*in casu*",

proporcionaria apenas um aumento que seria calculado somente sobre aproximadamente 1/3 da remuneração correspondente à parte fixa, conforme salientado no pedido de reconsideração de fls. 9/10 dos servidores em questão.

Em suma, quer a aplicação do Decreto-Lei n.º 108, interpretado sistematicamente em relação à legislação especial, no caso representada basicamente pelo Decreto-Lei n.º 104 e Decreto n.º 154; quer a regulamentação do artigo 258 do Decreto-Lei n.º 66 e o respeito ao princípio constitucional da isonomia; quer a motivação social declarada de corrigir distorções provocadas pela desvalorização da moeda no campo social, leva-nos à conclusão de que o abono concedido de 40% deverá incidir não somente sobre o vencimento-base, concebido no sentido estrito, como também sobre o valor da unidade de produção ou ponto.

Convém realçar que este entendimento não é prejudicado pelo fato de um dos aspectos considerados ser um simples Decreto, o de n.º 154, isto porque o Decreto-Lei n.º 104, em seu artigo 3.º, como vimos, se refere ao reajustamento da parte variável juntamente com o vencimento-padrão do "Gru-

po Ocupacional - Tributação, Arrecadação e Fiscalização", onde, sem dúvida, estão inseridos tanto os exatores quanto os agentes fiscais. O mesmo raciocínio se faz em relação ao Decreto-Lei n.º 66 que se refere, indistintamente, aos servidores do Grupo Ocupacional Fisco.

Saliente-se, finalmente, que o abono concedido, que é provisório, estendido aos Exatores e Agentes Fiscais, na forma entendida no presente parecer, não será incorporado ao vencimento-base nem à parte variável qualquer que seja, nem servirá de base de cálculo para aumentos, acréscimos ou quaisquer outras vantagens, que ocorrerem, na forma do artigo 3.º, do Decreto-Lei n.º 108.

É o parecer, s. m. j.

Campo Grande, 19 de julho de 1979.

Arnaldo Rodrigues
Proc. de Assuntos do Pessoal

Claudionor Miguel Abs Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

REINTEGRAÇÃO EM CARGO PÚBLICO

Cauby de Medeiros, após expor circunstanciadamente os fatos que culminaram com a sua demissão “a bem do serviço público”, requer ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado a “readmissão no cargo de Escrivão da Exatoria de Terrenos e suas conseqüências”, tudo conforme se depreende da prefacial de fls. 02/07.

Citado requerimento foi encaminhado por sua Excelência, o Senhor Governador, “para providências”, à Secretaria de Administração que, ato contínuo, solicitou parecer da Procuradoria Geral sobre a pretensão deduzida, como se vê do r. despacho de fls. 08.

Isto posto, passamos a aduzir as seguintes considerações:

A extinção da função pública, se deu “*in casu*”, por vontade da Administração que rompeu, como punição, o vínculo jurídico entre o requerente e o Estado, porque incorreu aquele em falta que autoriza tal medida, como se infere do ato de fls 33 (xerox do *Diário Oficial* de 10 de abril de 1970).

Uma vez extinta a função pública por esta razão, o servidor poderá retornar ao serviço ativo através da *reintegração*, que é uma forma de provimento derivado que pressupõe a perda

do cargo em conseqüência de ato ilegal da Administração.

Impõe-se verificar, conseqüentemente, se no caso “*sub examine*” ficou demonstrada a ilegalidade do ato de demissão.

Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral, quer nos parecer não restou provado, através do pedido de *Habeas Corpus*, de que nos dá notícia a inicial, impetrado em favor do ora requerente, que o mesmo fora ilegalmente desligado da função pública que, interinamente, exercia. A ordem foi concedida à unanimidade para julgar inepta a denúncia oferecida. Não foi, contudo, julgado o mérito da “*quaestio*”, como se pode verificar do documento de fls. 29.

Em assim sendo, o requerente não tem o direito de pedir a sua reintegração, que doutrinária e estatutariamente se conceitua como o reingresso de servidor ilegalmente desligado de seu cargo ao mesmo cargo que antes ocupava, ou não sendo possível, ao seu sucedâneo ou equivalente, com integral ressarcimento dos prejuízos decorrentes do afastamento.

Todavia o requerente, a despeito de fundamentar o pedido em sua pseudo participação no evento que culminou na demissão, requer, não a Reintegra-

ção, mas sua Readmissão, que é forma, outrossim, de provimento derivado por ato discricionário da Administração, pela qual se dá o reingresso do servidor, sem ressarcimento de prejuízos, mas com direito à contagem de tempo de serviço para efeito de aposentadoria e disponibilidade, ao cargo que anteriormente ocupava e do qual fora demitido ou exonerado.

Embora as figuras jurídicas da reintegração e da readmissão tenham em comum uma nota bem característica — o afastamento do cargo — distinguem-se por meios de itens bem significativos, pois, ao passo que, na primeira, o Poder Público tem o dever de, havendo ato ilegal, reconduzir ao mesmo cargo o demitido com ressarcimento das respectivas vantagens devidas, na readmissão, ao contrário, é facultado, discricionariamente, ao Poder Público, conceder o reingresso sem ressarcimento de prejuízos, uma vez desaparecidos

os motivos determinantes da demissão ou exoneração.

Tendo em vista o embasamento fático da prefacial de fls 02/07 e em decorrência do princípio da fungibilidade da pretensão, quer considerando o pedido como REINTEGRAÇÃO, quer como READMISSÃO, não há como deferi-lo, vez que, quanto ao primeiro, não ficou demonstrado tenha a Administração agido ilegalmente, e, quanto ao segundo, o Poder Público motivou o ato de demissão, ficando vinculado àquela motivação, não podendo, agora, examinar da conveniência ou oportunidade do pedido do requerente. Isto equivaleria a revogar um ato administrativo vinculado, quando é sabido que não se pode fazer sobre o mesmo nenhum juízo de mérito.

É o parecer, s. m. j.

Claudionor Miguel Abss Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

PROVAÇÃO DE MINUTA DE CONTRATO

Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral.

Veio-nos o presente processo, em decorrência do despacho de Sua Exceñcia o Senhor Governador do Estado, para parecer.

Na verdade, o presente processo administrativo em cujo bojo encontra-se uma minuta não padronizada, deve-a ter sido encaminhado diretamente a esta Procuradoria, na forma do que receitua o artigo 31, § 1.º do Decreto-Lei n.º 19, de 1.º de janeiro de 1979, e § 2.º do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 64, de 4 de janeiro de 1979.

Sr. Procurador Geral, a minuta do contrato de locação de serviços de limpeza e conservação não poderá ser aprovada pelos seguintes motivos:

1. Dispõe o art. 1.º do Decreto-Lei n.º 19, *in verbis*:

“As obras, serviços, compras e alienação da Administração Pública Direta e autárquica do Estado efetuar-se-ão com estrita observância dos princípios da licitação, salvo as exceções previstas neste Decreto-Lei”.

Referido artigo delimita o campo de incidência da Lei, determinando sua obrigatória aplicação a todas as obras, serviços, compras e alienações realizadas pela Administração direta e por suas autarquias.

Direta, no texto, compreendemos órgãos e repartições, sem personalidade jurídica, que integram a estrutura do

Estado, v.g. a Procuradoria Geral da Justiça.

Logo é curial que o serviço de limpeza a ser contratado deveria ter sido objeto de procedimento licitatório.

Entretanto, a minuta não faz referência ao número do processo de licitação ou da respectiva dispensa, o que constitui elemento essencial em contratos desta natureza, como se infere do artigo 28 do Decreto-Lei n.º 19.

2. A Procuradoria Geral da Justiça não pode ser parte da relação contratual, porquanto não constitui um centro *subjetivado* de direitos e obrigações, mas um órgão *desconcentrado* da pessoa jurídica de direito público, Estado de Mato Grosso do Sul, razão por que somente esta pode ser parte contratante, naturalmente que representada pelo Mui Digno Procurador Geral da Justiça, na forma do que preceitua o Decreto n.º 64, de 04 de janeiro de 1979.

Estas as razões pelas quais. s.m.j., a Procuradoria Geral manifesta-se contrariamente à prevalência da minuta apresentada.

É o que me cabe levar à alta consideração de V. Exa., Dr. Procurador Geral.

Campo Grande, 09 de agosto de 1979.

Claudsonor Miguel Absbs Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

ANULAÇÃO DE ATO ILEGAL — RESTITUIÇÃO DE PAGAMENTO

O Sr. Superintendente do Pessoal Civil aponta, neste processo, irregularidade no pagamento de gratificações a pessoal lotado na Secretaria de Desenvolvimento de Recursos Humanos, atribuídas, conforme informações obtidas, “internamente”, com base em critérios propostos ao ex-Secretário-Adjunto e por ele aprovados. Considera o Sr. Superintendente ilegal o referido pagamento face ao artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 15, de 01.01.79, § único, que dispõe caber exclusivamente ao Governador do Estado fixar, em ato próprio, o quantitativo de funções gratificadas, mediante proposta dos titulares das Secretarias ou Órgãos da Governadoria do Estado, após a aprovação dos respectivos regimentos internos, condições legais essas desobedecidas no caso. Conclui sugerindo a restituição pelos servidores beneficiados, cuja relação faz juntar ao processo, dos valores recebidos indevidamente, em 10 (dez) parcelas mensais, descontados em folha a partir do corrente mês de agosto.

Ante a solicitação da Exma. Sra. Secretária-Adjunto, o Exmo. Sr. Secretário da Administração solicita parecer desta Procuradoria sobre a questão.

A questão comporta as seguintes indagações: 1) Se é ilegal o ato concessivo da gratificação; 2) Se, em caso positivo, pode a Administração reverter o referido ato, e, em consequência, determinar a devolução da gratificação paga indevidamente.

Quanto à primeira indagação — é ilegal o ato concessivo de gratificação — afigura-se nos inexistir dúvidas quanto à ilegalidade. Realmente, o art. 4.º, do Decreto-Lei n.º 15, de 01 de janeiro de 1979, depois de, no “caput” estabelecer os requisitos profissionais ou de formação escolar indicados, no seu parágrafo único é de meridiana clareza, quando dispõe:

Art. 4.º —

.....
Parágrafo único: O quantitativo das funções gratificadas será fixado por ato do Governador do Estado, mediante proposta dos titulares dos Órgãos referidos neste artigo, após publicação do respectivo regimento.

No caso, a ordem de pagamento da gratificação se originou do anterior Secretário-Adjunto da referida Secretaria de Estado, e não de ato do Governador, imprescindível conforme a previsão legal citada, e subsequente à proposta do titular da Secretaria e da publicação do respectivo regimento, condições essas desatendidas na hipó-

que, como se depreende da documentação existente nos autos.

Evidenciada a ilegalidade, cabe examinar a possibilidade de a Administração revisar o ato indigitado. Na Administração centralizada os órgãos encontram relacionados por um vínculo unificador denominado hierarquia.

Embora os serviços e as competências para decidir sobre eles estejam distribuídas entre diferentes unidades, estas, graças à relação hierárquica, tendem-se sempre a unidades superiores num afunilamento crescente e contínuo cujo estreitamento final coincide com a chefia do Executivo.

Em decorrência da hierarquia, assiste ao superior, entre outros, o poder normal, contínuo e permanente de revisão, expressado na faculdade de resumir ou alterar decisões dos órgãos e dos agentes subalternos, através da revogação (ab-rogação ou derrogação) e anulação, conforme se funde, respectivamente, em conveniência e oportunidade ou ilegalidade dos atos praticados. Nesse sentido as lições de José Crella Jr., em sua obra "Princípios do Direito Administrativo", págs. 1/10, e de Celso Antônio Bandeira de Mello, em "Prestação de Serviço Público", pág. 14.

Na esfera judicial, o STF, no recurso extraordinário n.º 69.835, de que foi relator o Ministro Eloy da Rocha, pronunciou-se, unânimemente, da seguinte forma:

"É caso pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência, e constitui mesmo um truismo na esfera do Direito Administrativo, a tese de que a Administração pode desfazer ou invalidar os seus próprios atos, quer por considerá-los inoportunos ou inconvenientes, quer por julgá-los ilegais. No primeiro caso, dá-se a revogação do ato,

que — consoante Seabra Fagundes — se opera da data em diante (*ex-nunc*). Os efeitos que a precederam, esses permanecem de pé ("Revogação e Anulamento do Ato Administrativo", in Revista de Direito Administrativo, Vol. II, fasc. II, 1945, pág. 446). No segundo, a sua anulação cujos efeitos "retroagem às suas origens, invalidando as conseqüências passadas, presentes e futuras do ato anulado" (v. Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 1964, pág. 213) (in Revista de Direito Administrativo, Vol. 113, pág. 140). Esse entendimento do STF está, hoje, consagrado, através da Súmula n.º 346, cujo enunciado é o seguinte:

"A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos".

No caso em tela, verifica-se que a gratificação em causa vem sendo paga em conseqüência de ato ilegal, assim considerado por partir de autoridade incompetente, nos termos do § único do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 15, de 01.01.79, dispositivo este que defere tal competência, exclusivamente, ao Governador do Estado, obedecidas as condições que estabelece. De fato, em direito, não é competente quem quer, mas quem pode segundo as suas normas, como averbou o inclito Caio Tácito ("Abuso do Poder Administrativo no Brasil", pág. 27).

Assim, tratando-se de ato ilegal, tem a Administração, através do Sr. Governador, a faculdade de desfazer tal ato, expedido com afronta a texto legal, declarando, em conseqüência, sua nulidade, de efeito retroativo, e determinando a devolução pelos servidores beneficiados das quantias pagas indevidamente, a título de gratificação.

Quanto à forma de devolução da quantia paga indevidamente como gratificação, esta Procuradoria é da opinião de que se realize através de descontos mensais em folha, no correspondente a 1/10 (um décimo) da remuneração de cada servidor beneficiado, no que se atenderá, por analogia, ao disposto no art. 198, § 1.º, da Lei n.º 1.638, de 28.10.1961 (Estatuto dos Funcionários Cíveis do Estado de

Mato Grosso), que repete, quanto matéria, a Lei 1.711, de 28.10.19 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União).

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 16 de agosto 1979.

Arnaldo Rodrigues
Proc. de Assuntos do Pessoal

PROCESSO N.º 08753

PARECER PGE/161/79

ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Obert Garcia de Freitas, Subdelegado de Fazenda, lotado na 6.^a Delegacia Executiva Regional de Fazenda de Três Lagoas, requer, nestes autos, sua estabilidade no serviço público estadual.

Submetido o pedido à devida tramitação, recebeu parecer favorável do Assessor Jurídico da Secretaria de Administração do Estado de Mato Grosso, sob o fundamento, em síntese, de que o requerente já fazia jus à estabilidade à data da promulgação da Constituição Federal de 1967, a qual, no art. 177, § 2.º, outorgou estabilidade aos servidores que, àquela época, contavam, pelo menos, cinco anos de serviço público.

Apesar da opinião favorável à estabilidade requerida, expressa no parecer citado, Sua Excelência o Secretário da Administração, atendendo sugestão do Sr. Superintendente do Pessoal Civil, que ressaltou a condição de ser o requerente ocupante de cargo em comissão, solicita parecer desta Procuradoria.

Examinando-se as informações constantes de fls. 07/08, prestadas pela Secretaria de Administração do Estado de Mato Grosso, verifica-se que o requerente possuía de serviço público, no período anterior à promulgação da

Constituição Federal de 1967, sete (7) anos, sete (7) meses e vinte e dois (22) dias, assim distribuído:

Ao Estado: 4 anos, 10 meses e 27 dias.

Período: 06.03.61 a 03.02.66.

À Prefeitura Municipal de Três Lagoas (Mediante Averbação): 2 anos, 8 meses e 25 dias.

Períodos: 14.03.51 a 01.07.53,
10.08.53 a 18.01.54.

Ante esse quadro, cabe indagar se o requerente foi beneficiado, realmente, pela estabilidade outorgada pela Constituição Federal de 1967.

No tocante aos períodos de serviço acima reproduzidos, as informações prestadas pela Secretaria de Administração do Estado de Mato Grosso e pela Prefeitura de Três Lagoas não fazem referência à natureza dos provimentos dos cargos ocupados pelo requerente: se em comissão, se interinamente. Essa informação só existe para a prestação de serviço ocorrida após 1967, quando é assinalado tratar-se de provimento em comissão, conforme *Diário Oficial* de 03.06.75 (fls. 07).

Necessário seria esclarecer-se a natureza dos provimentos desses períodos, para avaliar-se o enquadramento ou não do requerente no benefício da estabilidade pretendida, não fosse a

informação de fls. 08, segundo a qual "o requerente não era servidor do Estado a 24.01.67, data da Constituição de 67 que determinou a estabilidade".

O fato de o requerente não integrar os quadros de servidores à época da promulgação da Constituição de 1967, lhe tira toda possibilidade legal de reconhecimento da estabilidade requerida.

A estabilidade prevista no § 2.º do art. 177 da Constituição Federal de 1967 beneficia os servidores dos Municípios, dos Estados e da União, que, à data de sua promulgação, tivessem, pelo menos, cinco anos de serviço público.

É evidente, pois, que esse preceito só favorece o servidor de qualquer das entidades de direito público referidas que, na data da promulgação da Carta Magna, estivesse no exercício de suas funções.

Em verdade, segundo Adroaldo Mesquita da Costa, Consultor Geral da República, são requisitos para auferir a vantagem da estabilidade, nos termos do referido art. 177, § 2.º: a) o exercício do cargo; b) a investidura regular neste; e c) o quinquênio da prestação

de serviço público, tudo isso na data da promulgação da Constituição, ou seja, em 24.01.1967. Na opinião daquele ilustre consultor, "a Constituição, no particular, agiu como máquina fotográfica, colhendo, naquele momento, a posição funcional de cada servidor" (citação de Antônio Tito Costa na RDP/09, págs. 174/5).

Utilizando-nos da expressiva imagem do ínclito Consultor Geral da República, podemos dizer que, não estando o servidor em questão no exercício do cargo à época da promulgação da Carta Magna, estava, por assim dizer, fora do foco da objetiva, não sendo, portanto, por ela colhido.

Pelas razões expostas somos de opinião de que não assiste ao requerente direito à estabilidade requerida.

É o parecer, s. m. j.

Campo Grande, 24 de agosto de 1979.

Araldo Rodrigues
Proc. de Assuntos do Pessoal

SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA

Veio-nos o presente processo em decorrência do r. despacho do Exmo. Secretário de Estado para Assuntos da Casa Civil, para se emitir parecer sobre a sindicância administrativa, instaurada com a finalidade de “apurar as irregularidades cometidas pelos funcionários Paulo César Oliveira Costa, Paulo Afonso Pinto e Maria Félix de Andrade” e, “inclusive, quanto à necessidade ou não de inquérito administrativo” (fls. 128).

Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral, preliminarmente, esclareça-se, por necessário, que esta Procuradoria não tem competência para se manifestar sobre o mérito da *quaestio*, decisão esta de competência exclusiva da autoridade que determinou a abertura da sindicância.

Em se referindo, porém, ao aspecto formal de que se nos apresenta, temos as seguintes considerações, as quais submetemos à alta apreciação de V. Exa.:

1. No direito constitucional brasileiro, o direito de defesa tem constituído um direito público subjetivo dos acusados. Como se vê pelo disposto nos arts. 179, 8.º, da Constituição de 25.03.1824; 76, § 16, da de 24.02.1891; 113, n.º 24, da de 16.07.1934; 122, n.º 11, da de

10.11.1937; 141, § 25, da de ... 18.09.1946; 150, § 15, da de ... 24.01.1967; e art. 153, § 15, com a redação da Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.1969. O último dispositivo estabelece que “a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes”.

A tradição constitucional brasileira reflete, apenas, a própria história da democracia, na qual o direito à ampla defesa é garantia ínsita.

2. Originariamente, numa interpretação estrita, a garantia em questão diria respeito, tão somente, ao processo judicial penal. A evolução tem mostrado, todavia, a ampliação da sua área de abrangência.

Com efeito, não é, apenas, no processo judicial penal que há acusados; estes estão presentes, também, em processos administrativos, entre eles, o processo administrativo disciplinar.

As próprias normas legais sobre a matéria aludem, expressamente, a acusado. Podemos citar os arts. 217 da Lei n.º 1.711, de 28.10.1952; e 218 da Lei n.º 1.638, de 20.10.1969, do Estado de Mato Grosso.

Funciona, portanto, no particular, também, o princípio da isonomia (art. 153, § 1.º, da Carta Magna Federal).

Qualquer contrariedade à garantia de ampla defesa do acusado administrativo, seja no plano normativo, seja no nível executivo, acarreta a inconstitucionalidade do ato.

3. No caso dos autos, verifica-se que os funcionários Paulo César Oliveira Costa, Paulo Afonso Pinto e Maria Félix de Andrade, não tiveram a garantia constitucional da ampla defesa, mesmo porque foi promovida uma sindicância, peça preliminar e informativa do processo administrativo, que, *in casu*, seria obrigatório, vez que a pena cominada pelo fato imputado aos referidos funcionários é demissória e de competência do Chefe do Poder Executivo (Art. 211, I, da Lei n.º 1.638, de 28.10.69).

4. É sabido que não é o nome que dá natureza às coisas, mas sim a sua estrutura e natureza reais, razão por que pergunta-se:

Poderia, na hipótese, ser aproveitada a sindicância como processo administrativo?

Impõe-se a negativa, uma vez que os funcionários jamais foram citados para apresentarem defesa na forma do que preceitua o artigo 223 da Lei n.º 1.638, de 26.10.69. Sobreleva-se, que, no caso vertente, há três envolvidos, sendo o prazo para a defesa comum e de 20 dias (§ 1.º, art. 223).

Houve uma citação, à guisa de instauração de processo administrativo, em 21.05.79 (fls. 84/86), tendo, portanto, a contar desta data 20 dias para os funcionários apresentarem defesa. Como a Comissão encerrou os seus trabalhos em 24.05.79 (fls. 109), —

três dias após a citação — infere-se que ficou coartado o direito de defesa dos envolvidos.

5. Como a sindicância, na sua seqüência, deparou com a existência do procedimento irregular de natureza grave, fica obrigada a instauração de processo administrativo, sendo, então, apensada aos futuros autos como peça informativa, devendo, neste caso, o relatório da autoridade sindicante constituir o necessário instrumento acusatório.

6. Por tais razões, recomenda-se que seja baixada uma nova portaria nomeando comissão processante e instaurando o processo administrativo, no qual deve ser assegurada aos indiciados ampla defesa.

Recomenda-se, ainda, que a Comissão processante seja composta por funcionários estáveis de categoria funcional superior à dos indiciados.

Todo levantamento, realizado até o presente momento, será, pois, autuado, e, imediatamente, citados os indiciados, para que apresentem defesa, querendo.

7. Quanto ao mais, deve se ceder na forma estatutária (arts. 223 e sgts.).

É o parecer, s. m. j.

Campo Grande, 31 de agosto de 1979.

Claudionor Miguel Abss Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CRIAÇÃO DA LOTERIA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral

A exploração de loteria, ... constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-Lei” (D.L. n.º 204, de 27.02.67 - Art. 1.º).

“Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-Lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais” (D.L. n.º 204, de 24.02.67 - Art. 32).

É inconstitucional o Decreto-Lei n.º 204, de 27.02.67, em seus artigos 1.º e 32, porquanto disciplina matéria extravassante da área de competência própria da União. Disciplina matéria de competência exclusiva do Estado.

Quanto ao assunto em foco — criação da Loteria do Estado de Mato Grosso do Sul — é necessário atentar para o art. 8.º, inciso XV, “a”, “b”, “c” e “d” e art. 13, § 1.º, da Constituição Federal:

“Art. 8.º — Compete à União:

XV — explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão:

a) os serviços de telecomunicações;

b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer natureza;

c) a navegação aérea; e

d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território”.

“Art. 13 — Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:

.....
§ 1.º — Aos Estados são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição”.

Desde 1891, adota o direito brasileiro o modelo norte-americano de repartição de competências entre a União e os Estados. Em princípio, a competência é dos Estados, dela só se retirando a que explícita ou implicitamente for atribuída à União.

Em combinando os artigos citados, através de interpretação aligeirada, percebe-se que o serviço de loteria ficou dentro da competência residual outorgada pelo constituinte aos Estados-Membros.

A União tem apenas a competência para legislar sobre a exploração de Loterias. Não é competente para definir serviço público exclusivo. Se assim o fosse, ficaria sem razão o dispo-

to no art. 8.º, XV, “a”, “b”, “c” e “d” e no art. 13 da Carta Magna.

Por isso, o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 204, de 27.02.67, ao dispor que:

“A exploração de loteria, . . . constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-Lei” é eivado de flagrante inconstitucionalidade.

O mesmo se diga de seu art. 32, que estabelece: “Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-Lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais”.

O Brasil é uma federação. Federação quer dizer uma associação livre de Estados, que continuam sendo Estados, transferindo uma parcela de sua competência à União. E porque os Estados são autônomos, quer dizer, governam-se a si mesmos, fazem as suas próprias leis, comportando somente as exceções — regra hermenêutica universalmente conhecida — devem ser interpretadas estritamente.

De mais a mais, não há hierarquia entre normas federais, estaduais e municipais. O sistema constitucional brasileiro separou-as, em áreas de competência.

O Brasil é Estado Federal e neste não há hierarquia que existe nos Estados unitários. O sistema constitucional brasileiro separou as fontes federais, estaduais e municipais, por área. Há uma área de competência da União. A rigor, a que está no art. 8.º, especialmente inciso XVII da Constituição. A área de competência estadual, é a que

vem prevista na Constituição como competência exclusiva (Art. 13, § 1.º). E, além disso o município é fonte de direito, porque é pessoa política, porque tem poder legislativo e porque inova na ordem jurídica. A área de competência municipal está deferida no art. 15, especialmente, inciso II.

Cada fonte, como ensina o ínclito Victor Nunes Leal, é exclusiva na sua área. A rigor, pode-se afirmar que as normas jurídicas federais, estaduais e municipais são supremas na sua área, porque excluem as demais.

Destas considerações, pode-se extrair, para o caso, as seguintes consequências que têm valor jurídico incontestável:

a. Princípio da igualdade entre União e Estado;

b. As pessoas políticas extraem seu poder de legislar diretamente da mesma fonte: a Constituição;

c. A Constituição repartiu as competências entre as pessoas políticas; cada qual é autônoma, na sua esfera de competência;

d. É inconstitucional o Decreto-Lei n.º 204, de 27.02.67, em seus arts. 1.º e 32, porque disciplina matéria extravasante da área de competência própria da União. Disciplina matéria de competência exclusiva do Estado.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 18 de setembro de 1979.

Claudionor Miguel Abss Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO

Arnaud de Almeida Braga requer à Administração adicional de 10% (dez por cento) sobre os seus vencimentos, a partir de 26 de outubro de 1978, alegando ter completado dez (10) anos de serviços para o Estado.

Pelas informações de fls. 05, consta ter o requerente 10 anos, um mês e 27 dias de tempo de serviço público estadual. Nesse período, conforme fls. 03 e 04, foram concedidas ao requerente licenças para tratamento de saúde, que, somadas, perfazem 176 dias.

O adicional por tempo de serviço está regulado no art. 149, XI, da Lei n.º 1.638, de 28.10.1961 (Estatuto dos Funcionários Cíveis do Estado), combinado com o art. 2.º do Decreto n.º 434, de 19.12.67 — regulamento — com a nova redação dada pelo Decreto n.º 1.442, de 19.12.71.

Dispõe o citado art. 2.º:

“A gratificação adicional por tempo de serviço será concedida pelo Governador do Estado, mediante requerimento do interessado, na razão de 10%, 20%, 30% e 50% do respectivo vencimento, correspondente a 10, 15, 20, 25 e 30 anos de serviço público efetivo”.

Da leitura do artigo supra transcrito conclui-se que o direito ao adicional surge do serviço efetivo prestado pelo

servidor ao Estado, nos períodos assinalados.

Complementando, estabelece o parágrafo único do art. 3.º do aludido regulamento, “*in verbis*”:

Art. 3.º —

.....

Parágrafo único — “A contagem do tempo de serviço será feita em dias e o total apurado, convertido em anos, sem arredondamento, considerado como de efetivo exercício, o afastamento em virtude de:

- a) férias;
- b) casamento;
- c) luto;
- d) júri e outros serviços obrigatórios por lei;
- e) licença especial à funcionária gestante, ao funcionário acidentado em serviço ou atacado de doença profissional;
- f) exercício, em comissão, de cargos de chefia nos serviços do Estado de Mato Grosso”.

Verifica-se que desse elenco não consta, para valer como efetivo exercício na contagem de tempo de serviço, o afastamento para tratamento de saúde.

O requerente, como noticiam os autos, obteve, desde sua admissão até

10.01.79, 176 dias de licença para tratamento de saúde.

Em assim sendo, e não estando contemplada dita licença entre as hipóteses previstas no parágrafo único do art. 3.º, acima transcrito, como de efetivo exercício, torna-se claro que, do período assinalado como de serviço prestado pelo requerente ao Estado — de 06.10.67 a 12.02.69 e 19.03.70 a 10.01.79 — devem ser descontados os períodos de afastamento para tratamento de saúde. Por conseguinte — admitindo-se a informação de fls. 12vº. de que novas licenças não lhe foram concedidas após 26.12.78 — só atingiu os 10 (dez) anos de serviço efetivo, necessários à concessão do adicional, em 09 de maio de 1979. Este cálculo é obtido acrescentando-se ao tempo assinalado de 10 anos e 27 dias o período de 119 dias, de modo a perfazer os 176 dias consumidos em tratamento de saúde (01 mês e 27 dias = 57 dias + 119 dias = 176 dias).

A consideração pelo tempo efetivo de serviço é ponto básico para a concessão do respectivo adicional, como prevêem as normas legais invocadas,

as quais encontram escoras no conceito doutrinário do referido instituto. Definindo-o, leciona Hely Lopes Meirelles:

“O adicional por tempo de serviço é o acréscimo pecuniário que se adita definitivamente ao padrão do cargo, em razão exclusiva do tempo de exercício estabelecido em lei para o auferimento da vantagem. É um adicional “ex facto temporis”, resultante de serviço já prestado “pro labore facto” (grifamos) (RT, vol. 345/9, citado por Gisele Ivany Guilherme in RDP n.º 13/357).

De todo exposto, esta Procuradoria é da opinião de que o adicional pretendido (10%) só é devido ao requerente a partir de 10 de maio de 1979 e não desde 26 de outubro de 1978, como requer o interessado.

É o parecer, s. m. j.

Campo Grande, 20 de setembro de 1979.

Arnaldo Rodrigues
Proc. de Assuntos do Pessoal

PROCESSO N.º 262/79

PARECER PGE/178/79

PERTINÊNCIA DA COBRANÇA DE LAUDÊMIO QUANTO A IMÓVEL AFORADO

Exmo. Sr. Procurador Geral:

Veio-nos o presente processo em decorrência do Ofício PGJ/544/79, subscrito pelo Excelentíssimo Senhor Procurador Geral da Justiça, Dr. Nelson Mendes Fontoura, que solicita parecer a respeito da matéria exposta na prefacial de fls. 02/07.

A enfiteuse é um direito real em coisa alheia regulada pelo Código Civil em seus artigos 678 a 694.

Por esse instituto o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel reservando para si o domínio direto.

Cabe ao enfiteuta a utilização do imóvel em todos os seus aspectos, como se fora o proprietário, ao qual apenas fica reservado o direito de receber uma pensão ou foro, anual, certo e invariável e de optar pela aquisição do domínio útil, quando este for alienado ou dado em pagamento, em igualdade de condições com o adquirente.

Todavia, quando não interessar ao senhorio direto o exercício dessa preferência, ser-lhe-á assegurado o direito de receber do alienante o laudêmio nos termos do artigo 686 do Código Civil.

Dessa forma, o laudêmio não tem

caráter tributário, sendo mera contra-prestação pelo não exercício da preferência na aquisição do domínio útil, quando de sua alienação, assegurada por contrato de natureza privada. Não será a inclusão de norma referente ao laudêmio no Código Tributário municipal que irá desnaturá-lo mudando-lhe o seu caráter eminentemente privado.

Assim, o instituto da enfiteuse se encontra em pleno vigor e sempre que houver imóveis aforados, por ocasião da alienação ou dação em pagamento do domínio útil dos mesmos, será devido laudêmio, caso não seja exercida a preferência na aquisição por parte do senhorio direto, razão por que, s.m.j., não tem embasamento legal a arguição de inconstitucionalidade pretendida pelo tabelião de notas do Cartório do 4.º Ofício da Comarca de Três Lagoas.

É o parecer.

Campo Grande, 28 de setembro de 1979.

Claudionor Miguel Abss Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

PROCESSO ADMINISTRATIVO

Veio-nos o presente processo em decorrência do Ofício n.º 0255/164/SE/79, encaminhado ao Excelentíssimo Senhor Governador pelo M.D. Secretário de Educação, Prof. Hércules Maymone, em que o mesmo, levando em consideração tratar-se de cargo em comissão, submeteu à apreciação de Sua Excelência, o Senhor Governador, para as providências que deverão ser tomadas por aquela pasta, o inquérito administrativo, em que se propôs a aplicação da pena prevista no inciso V (Quinto) do artigo 202 (duzentos e dois) da Lei 1.638, de 28 de outubro de 1961 — DEMISSÃO — aos servidores Waldemar Valério Leal e Tercílio Petelin (fls. 88).

Ato contínuo, o Excelentíssimo Senhor Governador encaminhou referido processo à Procuradoria (fls. 89).

Ainda, à guisa de relato, esclareça-se que a abertura do processo administrativo foi determinada pelo Prof. Ivan Araújo Brandão, responsável, à época, pela Delegacia Regional de Educação e Cultura de Dourados, como se infere da Portaria n.º 692/72/DREC de fls. 02, autoridade que, recebido o relatório da Comissão, propôs ao Sr. Secretário de Educação a demissão dos servidores indiciados (fls. 87).

Objetiva, Exmo. Sr. Procurador Geral, pela presente consulta, se saber qual o procedimento a ser adotado pela Secretaria de Educação, tendo em vista que os indiciados exercem cargo em comissão, tudo como se infere do r. ofício de fls. 88 dos autos do Inquérito Administrativo.

Para a resposta à indagação, permitam-nos, ainda que em angusta síntese, colocar duas questões, quais sejam a (1) do cargo em comissão e a (2) da motivação de ato administrativo discricionário, que, como se sabe, não precisa ser motivado.

Quanto ao primeiro aspecto — cargo em comissão —, constitui noção cediça que, assim como é livre a nomeação, também é livre a exoneração, isto é, quem tem poder para preencher o cargo, também o possui para, a seu *nutum*, desligar dele o ocupante sem necessidade de motivar o ato exoneratório.

Acontece que, no caso dos autos, não obstante ser o cargo em comissão, a autoridade administrativa competente, se acatar a sugestão do Delegado da Delegacia Regional de Educação e Cultura de Dourados, declinará os motivos por que demitirá os servidores Waldemar Valério Leal e Tercílio Petelin,

motivos estes consubstanciados no inquérito administrativo.

Estaremos, pois, diante da segunda questão — motivação de ato administrativo discricionário.

A propósito do assunto focado, é conveniente lembrar a chamada teoria dos motivos determinantes.

De acordo com esta teoria, os motivos que determinam a vontade de agente, ou scja, os fatos que sirvam de suporte à sua decisão integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de “motivos de fato” falsos, inexistentes, vicia o ato mesmo quando a lei não haja estabelecido, antecipadamente, como no caso *sub examine*, os motivos que ensejariam a prática do ato. Diante disso, se o agente enunciar os motivos em que se calçou, ainda quando não esteja obrigado a enunciá-los, *o ato só será válido se estes realmente ocorreram.*

In casu, a Comissão de Inquérito recomendou a demissão dos dois servidores, por ter deparado com a existência de procedimento irregular de natureza grave, conforme relatório de fls. 72/84, sendo os motivos apontados de caráter objetivo, baseados em fatos concretos, efetivamente ocorridos, ficando afastada qualquer ilação subjetiva por parte da mesma comissão, razão por que o ato demissório, se eventualmente expedido pela autoridade administrativa, terá guarida no direito, vez que em anunciando os motivos de

um ato discricionário — demissão de servidor que exerce cargo em comissão — estes realmente correspondem à realidade fática.

Resta a questão: Quem é a autoridade administrativa competente para aplicar a pena proposta pelo Delegado Regional de Educação e Cultura de Dourados que acatou o parecer da Comissão de Inquérito?

Prescreve o artigo 211 da Lei n.º 1.638, de 28.10.61, ainda em vigor por força do que estabelece o artigo 40 da Lei Complementar n.º 31, de 11.10.77:

Art. 211 — Para imposição de pena disciplinar são competentes:

I — O Chefe do Poder Executivo, nos casos de demissão ...”

Na contingência de o Excelentíssimo Senhor Governador entender não se tratar de caso de demissão, deverá, com fundamento na normal, contínua e permanente disponibilidade sobre a totalidade das atividades funcionais dos órgãos e agentes subordinados (princípio da hierarquia), dar a solução que lhe parecer mais adequada à espécie.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 16 de outubro de 1979.

Claudionor Miguel Abss Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

LICENÇA ESPECIAL

O servidor Durval Rodrigues Lopes, exator estável, lotado na Exatoria de Paranaíba, requer, neste processo, licença especial de quatro (4) meses, pelo exercício de dois quinquênios para o Estado, conforme período que assinala.

Dos dados carreados para os autos, extrai-se a informação constante de fls. 5vº. de que “o requerente estivera afastado do cargo três (3) meses, de acordo com a letra “d”, item IV, do art. 1.º, da Lei Complementar n.º 5, de 29.04.70, e art. 250 da Lei n.º 1.638/61”.

Os dispositivos indicados estabelecem:

Lei Complementar n.º 5, de 24 de abril de 1970.

Art. 1.º — São inelegíveis:

.....

IV — para Prefeito e Vice-Prefeito

.....

d) as autoridades policiais, civis ou militares, com exercício no Município, nos 3 (três) meses anteriores ao pleito.

Lei n.º 1.638, de 28.10.61.

Art. 250 — O funcionário candidato ao cargo eletivo na localidade em que desempenha sua função, desde que exerça encargo de chefia, direção, fis-

calização ou arrecadação, será afastado, sem vencimento, a partir da data em que for feita sua inscrição perante a Justiça Eleitoral, até o dia seguinte ao pleito”.

Verifica-se, a teor dos dispositivos transcritos, que o servidor em causa foi afastado de suas funções para poder concorrer a cargo eletivo, pelo período, conforme assinalado, de três meses.

A indagação que se ergue face ao relatado, é a formulada pelo Sr. Diretor de Administração, em sua manifestação de fls. 10, ou seja, “Este período — 90 dias em que o servidor ausentou-se da repartição para concorrer o cargo eletivo — é considerado como efetivo exercício . . . ?”

A indagação procede tendo em vista o disposto no art. 120 e seu parágrafo único, da Lei n.º 1.638/61, que reza:

Após cada quinquênio de efetivo exercício, ao funcionário que a requerer, conceder-se-á licença especial de dois (2) meses com todos os direitos e vantagens do seu cargo efetivo e assim sucessivamente por quinquênio, até seis (6) meses de licença.

Parágrafo único — Não se concederá licença especial se houver o funcionário, em cada quinquênio:

.....

III — Gozado licença:

.....
e) por motivo de afastamento.

Vê-se, assim, que a norma estatutária prefalada estabelece, como condição essencial à concessão da licença especial, o exercício efetivo pelo funcionário de suas funções dentro de cada quinquênio, afastando-a, taxativamente, nas hipóteses figuradas, entre as quais incluído está o afastamento.

É evidente que o afastamento do servidor em causa quebrou a continuidade de sua prestação de serviço ao Estado, que constitui requisito fundamental para a obtenção do favor legal, consistente na licença especial.

Ressalte-se que o afastamento do servidor para se candidatar a cargo eletivo, “decorre — como assinala Adroaldo Mesquita da Costa, em parecer exarado no Processo P.R. n.º 10.237-68, publicado na Revista de Direito Administrativo, vol. 98, págs. 262/263 — de sua livre e espontânea vontade, por isso que manifestando o desejo de concorrer a cargo eletivo se sujeita obviamente às condições estatutárias e legais que disciplinam a espécie”.

Ademais, por oportuno, acrescenta-se que a exigência do exercício efetivo das funções, para a concessão da licença especial, atende à razão básica,

acolhida por A. A. Contreras de Carvalho, quando assinala, em relação ao Estatuto do Funcionário Público Federal que “a licença especial tem como finalidade precípua premiar a assiduidade do funcionário após cada decênio”, ressaltando que o direito a tal licença surge “após cada decênio *de efetivo exercício*” (grifamos) (*In* “Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado”, págs. 355/356, Edição Freitas Bastos - 1964).

O D.A.S.P. pronunciando-se a respeito da licença especial, prevista no art. 116 da Lei n.º 1.711/52 (Estatuto dos Funcionários Públicos Federais), no qual se inspirou o art. 120 da Lei 1.638/61 (Estatuto dos Funcionários Cíveis de Mato Grosso), já decidiu:

“O decênio de serviço público para o efeito de licença especial há de ser ininterrupto (D.A.S.P. - RDA - Vol. 42 - pág. 364)”.

Ante o exposto, concluímos que o servidor em causa não faz jus à licença especial requerida.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 24 de outubro de 1979.

Arnaldo Rodrigues

Proe. de Assuntos do Pessoal

EMPRESA PÚBLICA — REGISTRO DE MARCA

A *Turisol* (Empresa de Turismo de Mato Grosso do Sul), empresa pública com capital exclusivo do Estado de Mato Grosso do Sul, criada através do Decreto n.º 132, de 28 de maio de 1979, vinculada à Secretaria de Desenvolvimento Econômico, encaminhou ofício a esta Procuradoria Geral, solicitando-lhe orientação quanto a medidas que deverão ser adotadas em face da seguinte questão:

1. Em 25 de julho de 1979, a TURIS-SUL Turismo Sul Brasileiro Ltda., empresa integrante do Montepio da Família Militar, remeteu uma carta à TURISUL (MS), através de seu advogado Eledio Antônio Lunardon, de Porto Alegre (RS), reclamando contra o uso pela Empresa de Turismo de Mato Grosso do Sul da expressão TURIS-SUL. Acentua, nessa epístola, que a referida expressão constitui titularidade da TURIS-SUL Turismo Sul Brasileiro Ltda., de larga tradição e conceito no Brasil, através do processo n.º . . . 019.073, classe 38, depositada no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, de modo que desfruta do direito ao seu uso exclusivo em todo o território nacional. Reconhece, a seguir, que a utilização da expressão por parte da TURISUL (MS) “decorre de boa fé, porquanto é de seu desconhecimento a titularidade referida na presente”.

2. No epílogo da missiva, a TURIS-SUL Turismo Sul Brasileiro Ltda. requer à Empresa de Turismo de Mato Grosso do Sul (TURISUL) “a cessação da utilização” da expressão, com o fim de “evitar confusão, como de direito”.

Examinando o assunto à luz dos conceitos doutrinários e normas concernentes à propriedade industrial, cumpre-me aduzir as seguintes considerações:

1. A Lei n.º 5.772, de 21 de dezembro de 1971 (Institui o Código da Propriedade Industrial e dá outras providências), inspirada na Constituição Federal de 1969, assegura aos autores de inventos industriais privilégio temporário para a sua utilização, bem como a propriedade das marcas de indústria e comércio ou de serviço.

No caso *sub examine*, trata-se de marca de serviço, sujeita à proteção, como direito relativo à propriedade industrial, nos termos do art. 2.º, “b” da Lei n. 5.772, de 21.12.71.

Na verdade, o art. 61, 3) desse diploma legal dispõe:

“Para os efeitos deste Código, considera-se marca de serviço a usada por profissional autônomo, entidade ou empresa para distinguir os seus serviços ou atividades”.

Assim, a expressão TURIS-SUL Turismo Sul Brasileiro Ltda, utilizada por essa empresa, integrante do Montepio da Família Militar, está protegida pelo Código da Propriedade Industrial, que, no art. 62, ainda acentua:

“Só podem requerer registro de marca as pessoas de direito privado, a União, os Estados, os Territórios, os Municípios, o Distrito Federal e seus órgãos de administração direta ou indireta.”

2. Pouco importa que a expressão usada pela empresa sul-matogrossense seja TURISUL e a da empresa gaúcha TURIS-SUL, porque o código condena a adoção de expressão semelhante capaz de gerar confusão, no art. 65, 17), ao prescrever:

“Não é registrável como marca: imitação bem como reprodução no todo, em parte, ou com acréscimo, de marca alheia registrada para distinguir produto, mercadoria ou serviço, idêntico, semelhante, relativo ou afim ao ramo de atividade, que possibilite erro, dúvida ou confusão, salvo a tradução não explorada no Brasil.”

Apreciando a matéria, leciona o festejado José da Silva Pacheco:

“Do registro de marca decorre, para o titular, o direito de exclusividade no seu uso e disposição; de obstar que terceiros façam idêntico uso e de anular o registro.”

.....
“Será garantida no território nacional a propriedade da marca e o seu uso exclusivo àquele que obtiver o registro, para distinguir seus produtos, mercadorias ou serviços, de outros idênticos ou semelhantes, na classe correspondente à sua atividade”. (In “Empresário: Pessoa e Patrimônio”, vol. II, pág. 519, edição Saraiva, 1979).

No clássico “Tratado de Direito

Comercial”, o mestre Waldemar Ferreira aborda, com profundidade e elegância ilustrativa, a questão do erro, dúvida e confusão no âmbito do registro de marcas, afirmando: “No nome comercial, prevalece sempre o que nele existe de predominante e é o que, ademais, deve ser de um lado defendido e de outro desfeito, a fim de afastar a possibilidade da concorrência desleal.” (Pág. 187, 6.º volume, edição Saraiva, São Paulo, 1962).

3. É evidente que, se a TURISUL (Empresa de Turismo de Mato Grosso do Sul) comparecer perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial com pedido de registro, verá rejeitada sua pretensão, face à titularidade já concedida pelo processo n.º 019.073, classe 38, à TURIS - SUL Turismo Sul Brasileiro Ltda., e noticiada na missiva de fls. 03 deste processo.

4. Outro aspecto que merece exame decorre do fato de que a expressão TURISUL, adotada pela empresa pública sul-matogrossense, não traduz a feição regional indispensável à abreviatura de entidades de nosso Estado, não identificando, aos olhos do público, uma empresa desta unidade federativa. Daí, certos setores da administração pública terem já sondado a questão e adotado a sigla MS (Mato Grosso do Sul) como o fez recentemente a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (FUFEMS). Assim, tem toda procedência a opinião do Sr. Diretor da TURISUL, Edson Carlos Contar, ao dizer, no ofício de fls. 02, que: “Não fazemos objeção quanto à mudança de nome de fantasia da TURISUL, uma vez que o mesmo não identifica o verdadeiro sentido regional que se pretende dar à Empresa”.

Em face do exposto, entendo, s.m.j. de Vossa Excelência, que a

Empresa de Turismo de Mato Grosso do Sul não deverá continuar a utilizar a expressão TURISUL como forma distintiva de sua atividade, de vez que se confunde com outra já depositada no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, de acordo com a Lei n.º 5.772, de 21 de dezembro de 1971.

Assim, faz-se necessário que:

1.º — seja solicitada à TURIS -
-SUL TURISMO SUL BRASILEIRO
LTDA., de Porto Alegre (RS), prova documental do processo n.º 019.073, classe 38, a que alude na missiva de fls. 03, fazendo acompanhar cópia da presente;

2.º — sejam, outrossim, recomendadas e encarecidas à TURISUL (Empresa de Turismo de Mato Grosso do Sul) providências cabíveis perante o órgão competente do Estado de Mato Grosso do Sul no sentido de que seja mudada a expressão que usa, a fim de que não venha a sofrer procedimento judicial decorrente da sua utilização.

Campo Grande, 30 de outubro de 1979.

José Couto Vieira Pontes
Assessor Especial

PROCESSO N.º 3389/79

PARECER PGE/192/79

GRATIFICAÇÃO

Jonas Machado Sá e Silva requer, no presente processo, a concessão de gratificação pelo exercício de chefia da Exatoria Especial de Corumbá, a que, desde 04 de julho de 1979, foi levado em substituição ao titular, Léo de Medeiros Guimarães, que assumiu a Prefeitura Municipal da referida cidade.

O pedido recebeu parecer favorável do Sr. Diretor de Administração, contrariado pelo da lavra do Sr. Superintendente do Pessoal Civil - SAD, segundo o qual "para que o servidor pudesse receber a gratificação de chefia, teria que ter sido designado, como substituto, pela autoridade competente para nomear. No caso de cargos em comissão, é o Sr. Governador do Estado".

A matéria está regulada no artigo 73 da Lei n.º 1.638, de 28 de outubro de 1961 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis de Mato Grosso), assim redigido:

Art. 73 — A substituição será automática ou dependerá de ato da administração.

§ 1.º — A substituição automática será gratuita; quando, porém, exceder de 30 dias, será remunerada e por todo o período.

§ 2.º — A substituição remunerada dependerá de ato da autoridade

competente para nomear ou designar.

Depreende-se da norma transcrita que remunera-se a substituição quando ela 1) exceder de 30 dias e 2) resultar de nomeação ou designação de autoridade competente.

Necessário, pois, verificar, no caso vertente, se ocorrem tais condições.

A primeira — que a substituição ultrapasse 30 dias — está plenamente satisfeita, eis que, de acordo com o que noticiam os autos, o servidor em questão assumiu a chefia da Exatoria em 04 de julho de 1979 e nela permaneceu quando, a 12 de setembro do mesmo ano, o Sr. Delegado de Fazenda da 4.ª DRF, através de ordem de serviço, procedia à respectiva designação com efeito retrocedente a 04 de julho (fls. 07 e 08).

A segunda condição — ato de autoridade competente para nomear ou designar — exige, para se aquilatar o seu implemento ou não, no presente caso, uma rápida incursão ao campo doutrinário com o intuito de esclarecer que, na administração centralizada, não só os serviços, mas também as competências decisórias, no tocante aos diversos assuntos, estão distribuídas entre os diferentes órgãos.

No caso sob exame, há de se indagar se o Sr. Delegado Fazendário tinha

competência para proceder à designação do servidor em causa para substituir, na Chefia da Exatoria, o Exator que dela se afastou. Sendo a competência a quantidade de poder atribuída a um agente público, em examinando-se o art. 60 da Lei n.º 3.147, de 27.12.71, infere-se que as Exatorias estão hierarquicamente subordinadas às Delegacias Regionais, como, textualmente, dispõe o referido artigo, "*in verbis*".

Art. 60 — As Exatorias se subordinam, diretamente, a Delegacias Executivas Regionais de Fazenda em cuja Região Fiscal se situam.

Ante tais conceitos refletidos na forma legal transcrita, conclui-se que o Sr. Delegado Fazendário portava a competência para a designação que levou a efeito, sem que com isso obliterasse a competência do Governador para nomear em sentido genérico. "*In casu*", no entanto, a espécie não era de nomeação, de vez que o cargo de Exator estava devidamente provido, encontrando-se o seu titular transitoriamente afastado no exercício das funções de Prefeito da cidade de Corumbá. Considere-se, ainda, que a designação em foco pelo superior hierárquico, aqui representado pelo Delegado Fazendário, em decorrência mesmo do princípio maior da indisponibilidade do interesse público, se impunha sob pena de ocasionar solução de continuidade na prestação dos serviços inerentes ao referido órgão com reflexos negativos para a Administração Pública como também para os administrados.

A propósito do assunto, Temístocles Brandão Cavalcanti, ex-Consultor Geral da República, admite até, ao comentar o § 1.º do art. 73 da Lei 1.711, de 28.10.52 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), reproduzido, "*ipsis litiris*", pelo § 1.º do art. 73 da Lei 1.638/61 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis de Mato Grosso), "que não é necessário ato de autoridade administrativa para que remunerada seja a substituição, quando, em sendo automática, ultrapassar o período de trinta dias. Assim, sempre que ocorrer a hipótese do § 1.º do artigo (73) objeto do presente comentário, a substituição será remunerada e não dependerá de ato da autoridade competente para nomear ou designar". (*In* "Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado", de A. A. Contreiras de Carvalho, Edição Freitas Bastos, 1964, pág. 179, vol. I).

Isto posto, tratando-se de designação encaixada nas atribuições do Sr. Delegado Fazendário, bem como tendo a substituição perdurado por período superior ao trintídio legal, torna-se ela remunerada, fazendo jus o servidor à gratificação de chefia pleiteada que deverá abranger todo o tempo do respectivo exercício.

É o parecer, s. m. j.

Campo Grande, 16 de novembro de 1979.

Arnaldo Rodrigues
Proc. de Assuntos do Pessoal

PROCESSO N.º 1341/79

PARECER PGE/194/79

PROJETO DE LEI — VETO

A validade de todo ato derivado da Constituição depende de sua concordância com a mesma. Depende mais precisamente da observância dos requisitos formais e substanciais estabelecidos na Constituição.

Veio-nos o presente processo em decorrência do despacho de fls. 07, do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, para ciência do parecer de fls. 04/06 e emissão de parecer conclusivo sobre o projeto de lei que determina o envio, pelo Poder Executivo ao Legislativo, do Quadro de Pessoal das Entidades da Administração Pública Indireta e adota outras providências, aprovado em sessão ordinária de 07.11.79, encaminhado ao Governador do Estado, para fins do disposto no artigo 35 da Constituição.

Excelentíssimo Senhor Procurador Geral:

As obrigações aos poderes do Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário, só podem ser impostos diretamente pelo Constituinte, cuja função é a de elaborar um conjunto orgânico e harmônico de normas que regem a vida política do Estado, em torno de um fundamento comum.

Os Poderes Constituídos, surgidos da manifestação soberana do Poder Constituinte, afiguram-se limitados pela ordem constitucional emanada deste último. Com maiores ou menores competências, o fato é que os Poderes

Constituídos (Legislativo, Executivo, Judiciário) vão encontrar seu fundamento na ordem constitucional imposta pelo Poder Constituinte.

Sendo a Constituição o remate jurídico unitário de um sistema, ela dá fundamento a todas as determinações jurídicas posteriores. Na verdade, permanece ainda como noção cediça, que a unidade constitutiva criadora de um sistema jurídico é a Constituição.

E, em elaborando o sistema constitucional do Estado de Mato Grosso do Sul, o nosso Constituinte se manteve fiel, como não poderia deixar de fazê-lo, ao princípio da independência e harmonia dos poderes, bem como ao da indelegabilidade das atribuições conferidas a cada Poder (Artigo 6.º, § único, da Constituição Federal e 4.º, § único, da Estadual).

Só por isso já causa espécie a “obrigação” imposta pelo Legislativo ao Executivo, através de Projeto de Lei “*sub examine*”.

Contudo, fazendo emergir a idéia inicialmente colocada, cite-se o artigo 35 da Constituição Estadual, que prescreve:

“Nos casos do artigo 17, concluída

a votação, a Assembléa Legislativa enviará projeto ao Governador, que, aquiescendo, o sancionará; para o mesmo fim, ser-lhe-ão remetidos os projetos havidos por aprovados nos termos do § 2.º do artigo 26”.

Referido dispositivo, como se infere através de uma interpretação sistemática da Constituição Estadual, estabelece duas situações: uma, para os projetos de lei oriundos da Assembléa Legislativa e, outra, para os oriundos do Executivo.

In casu, o projeto de lei submetido à apreciação do Excelentíssimo Senhor Governador é proveniente da Assembléa Legislativa, razão por que só nos resta indagar:

Poderia o Poder Legislativo dispor sobre matéria pertinente à organização administrativa estadual, criando obrigação respectiva ao Poder Executivo?

Impõe-se a negativa. Já afirmara o ínclito Caio Tácito que em Direito não é competente quem quer mas quem pode, segundo suas normas.

É certo que, dentre as atribuições do Legislativo (Arts. 17 e 18 da Constituição Estadual), não se encontra a de dispor sobre a organização administrativa.

Pelo contrário, esta atribuição é de competência exclusiva do Governador, como se depreende do artigo 31, IV, da Constituição Estadual, *in verbis*:

Art. 31 — “É da competência ex-

clusiva do Governador a iniciativa das leis que:

IV — *disponham sobre a organização administrativa*, os serviços públicos, os servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos públicos, estabilidade e aposentadoria de funcionários civis, reforma e transferência de policiais militares para inatividade”. (grifamos)

A Constituição não tira com u’a mão o que deu com a outra. Ao conferir competências das iniciativas das leis que disponham sobre a organização administrativa ao Governador, excluiu competência idêntica ao Poder Legislativo.

A Assembléa Legislativa, ao aprovar o aludido Projeto de Lei sobre uma das matérias reservadas à iniciativa exclusiva do Governador, usurpou da competência que lhe fora constitucionalmente outorgada, *devendo a sanção ser recusada através do veto total*, que terá como fundamento a inconstitucionalidade do projeto, ou seja, a contradição entre o projeto e a Constituição.

É o parecer, s. m. j.

Campo Grande, 19 de novembro de 1979.

Claudionor Miguel Abs Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

PROCESSO N.º 336/79

PARECER PGE/202/79

CONSULTA SOBRE DISPENSA DE LICITAÇÃO

Veio-nos o presente processo através do Ofício n.º 067/79 - Che. Gab. Secom/MS. Não obstante o disposto no § 1.º do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 25, de 1.º de janeiro de 1979, o qual rogamos seja observado em oportunidades ulteriores, passamos a responder a consulta formulada pela novel Secretaria de Comunicação do Estado de Mato Grosso do Sul, em face da ratificação verbal do Exmo. Sr. Secretário daquela Pasta.

Expõe-nos, entre os considerandos, o M.D. Chefe de Gabinete da Secom/MS, que a legislação pertinente à licitação no Estado de Mato Grosso do Sul, é omissa quanto à contratação de serviços dos diversos órgãos de imprensa do Estado. Aí, Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral, parece-nos residir o ponto controvertido da questão colocada.

A consulta não oferece nenhuma dificuldade. Com efeito, consoante a norma contida no Decreto-Lei n.º 19, art. 8.º, III, de 01.01.79, combinado com o Decreto-Lei n.º 45, de 04.02.79, sob a inspiração Legislativa do Decreto-Lei Federal n.º 200, de 25.02.67 (que dispõe sobre a organização da Administração Federal), é admissível a dispensa da licitação nos casos de emergência, caracterizada a urgência do

atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos. (art. 126, § 1.º, alínea II).

No caso *sub examine*, basta à SECOM, em casos análogos aos da consulta, caracterizar o requisito preconizado pelas legislações federal e estadual citadas.

Sem embargo de ser o reconhecimento da emergência de valoração subjetiva, há sempre de estar baseada em fatos considerados iminentes, comprovados ou previstos, que justifiquem a dispensa da licitação. Mister se faz, em ocorrendo um dado caso concreto, verificar se estão presentes os elementos fáticos indispensáveis ao procedimento da dispensa de licitação, com fundamento na urgência.

Muito embora a urgência envolva um juízo de mérito (conveniência e oportunidade) do administrador, esta ação discricionária deverá se enquadrar dentro dos parâmetros legais, motivada pela premência de tempo disponível para concretização de normal procedimento licitatório. De fato, se é lícita a utilização de um critério discricionário, este, evidentemente, há de ser coartado pelas balizas do próprio sistema jurídico.

Em conclusão, somos de opinião que cabe à SECOM/MS, para a solução do impasse de que nos solicita parecer, tão somente observar a legislação, especialmente o Decreto-Lei n.º 45, de 04 de janeiro de 1979, parcialmente modificado pela Lei n.º 32, de 26 de novembro de 1979.

É o parecer, s.m.j.
Campo Grande, 07 de dezembro
de 1979.

José Couto Vieira Pontes
Assessor Especial
Claudionor Miguel Abs Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

PARECER

INTERVENÇÃO DO ESTADO EM MUNICÍPIO

Evandro Ferreira de Viana Bandeira
Proc. do Estado de Mato Grosso do Sul.

A Câmara Municipal de Jardim, através do Ofício n.º 11/79, de 11 de março de 1979, representou ao Exmo. Sr. Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, pedindo a intervenção estadual no Município, tendo em vista o decidido pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, em acórdão de n.º 1.883/78, de 13.12.78, "*verbis*".

"ACORDAM os Conselheiros de Tribunal de Contas, acolhendo PARECER da PROCURADORIA GERAL, em oficiar à Câmara Municipal de Jardim, para que a mesma adote as providências previstas no art. 122 da Lei n.º 3.770, de 14.09.76, remetendo-lhe cópia do Processo n.º 3.558/78, sem prejuízo da adoção das medidas previstas no § 1.º do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 201, de 27.02.67."

O v. acórdão do Egrégio Tribunal de Contas foi aprovado pela Resolução n.º 01/79, de 11.03.79, da Câmara Municipal de Jardim.

Entretanto, em 12.03.79, através do Ofício n.º 64/79, o MM. Juiz de Direito da Comarca de Jardim comunicou ao Exmo. Sr. Governador do Estado, para mera ciência, sua decisão de, em caráter liminar, conceder ao Sr. Prefeito Municipal de Jardim, a segurança impetrada contra a Câ-

mara Municipal de Jardim, no sentido de que o Poder Legislativo municipal se abstivesse de dar cumprimento ao disposto no art. 122, da Lei Estadual 3.770/76 até novo pronunciamento do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

A norma legal citada pelo ilustre Magistrado dispõe, com efeito: "se, decorrido tempo razoavelmente suficiente para a chegada, não tiverem os balancetes ou balanços dado entrada no Tribunal de Contas, a falta de recebimento será por este comunicada à Câmara para que esta, confirmada a omissão da remessa dos documentos no prazo legal, requeira a intervenção estadual no Município."

Porém, através do Ofício n.º ... 140/79, do MM. Dr. Juiz de Direito da Comarca de Jardim, dirigida ao Exmo. Sr. Governador do Estado, recebido em 10.05.79, S. Exa. comunicou que o mandado de segurança acima referido, fora, por sentença, considerado extinto, omitindo, no entanto, os fundamentos de sua decisão.

A Câmara Municipal de Jardim, através do Ofício n.º 31/79, de ... 09.04.79, encaminhou ao Exmo. Sr. Dr. Governador do Estado as cópias dos acórdãos n.ºs. 463/79 a 500/79, todos do Egrégio Tribunal de Contas

do Estado de Mato Grosso, a respeito das contas da Prefeitura Municipal de Jardim e reiterou o pedido da intervenção. As decisões do Egrégio Tribunal, em todos os acórdãos, foram idênticas para considerar *como não prestadas as contas do Município de Jardim referentes aos exercícios de 1975, 1976 e 1977*.

O pedido de intervenção foi, ainda, reiterado pelo Presidente da Câmara Municipal de Jardim, através do Ofício n.º 21/79, de 10.05.79, recebido pelo Exmo. Sr. Governador do Estado em 16.05.79.

A questão sob exame versa, destarte, sobre a caracterização ou não, de fato que autoriza o Estado a intervir no Município.

A autonomia política, administrativa e financeira do Município está assegurada e elevada à categoria de princípio constitucional (art. 15 da Constituição Federal), sofrendo, no entanto, restrições, desde que verificados quaisquer dos fatos taxativamente enumerados no § 3.º do art. 15, da Carta Magna.

Dentre os fatos em que se verifica a possibilidade constitucional de o Estado intervir no Município, ressalta o previsto na alínea "c", do § 3.º, do art. 15, da Constituição Federal, que dispõe, "*verbis*":

"§ 3.º — A intervenção nos Municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando:

.....
c) — não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;
.....

A Constituição do Estado de Mato Grosso regulou a matéria no art. 142, dispondo, no § 1.º, inciso I, que a intervenção far-se-á por decreto do Governador, comprovado o fato ou a con-

dução que autorizam a medida, de ofício ou mediante representação do interessado, ouvida a Assembléia Legislativa.

A autorização da Assembléia Legislativa para a intervenção, entretanto, nos parece dispensável, pois ainda que se admita a vigência das normas da Constituição do Estado e da legislação ordinária expedida pelo Estado de Mato Grosso, conforme prescreve o art. 40, da Lei Complementar n.º 31, a partir da posse até promulgação da Constituição, o Chefe do Poder Executivo está investido, também, da competência legislativa estadual (art. 7.º da Lei Complementar n.º 31). Demais disso, até o presente não houve a instalação da Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, o que deverá ocorrer após a promulgação da Constituição Estadual, "*ex vi*" do art. 5.º, da Lei Complementar n.º 31/77.

Não obstante tais razões, a Constituição do Estado de Mato Grosso erroneamente dispôs que, para efetivar a intervenção do Estado no Município, dependerá o Chefe do Executivo Estadual de prévia autorização do Poder Legislativo, pois, como leciona HELY LOPES MEIRELES: "a intervenção é medida concreta de administração" e "nos termos constitucionais em que a intervenção está concebida, é medida vinculada aos pressupostos de fato estabelecidos pela própria Constituição, em que obriga o Estado a observá-los para a sua decretação, de ofício ou mediante representação". ("Direito Municipal Brasileiro", Ed. RT, 1977, pág. 122 e segtes.).

Em conclusão, o Exmo. Sr. Governador do Estado de Mato Grosso do Sul poderá, mediante decreto, intervir no Município de Jardim, desde que verificado qualquer dos fatos, enumerados na Constituição Federal.

Resta, finalmente, saber se existe qualquer pressuposto de fato que autorize a intervenção, "*in casu*" a falta de prestação de contas, na forma da lei, pelo Prefeito Municipal de Jardim.

Diz a melhor doutrina que a prestação de contas da administração pública é dever genérico de todo administrador, e dever específico do Prefeito, no que concerne à sua gestão financeira. HELY LOPES MEIRELES entende que é a *ausência* de prestação de contas que autoriza a intervenção, acrescentando, ainda, que se a prestação de contas não se reveste daqueles mínimos formais inerentes a toda demonstração financeira, ou omite elementos necessários da despesa, ou silencia sobre o emprego de verbas substanciais do orçamento, as contas não podem ser havidas por prestadas, e, assim sendo, justifica-se a intervenção (op. cit. págs. 128 e segtes.).

O pressuposto constitucional da existência de fatos que autorizam a intervenção do Estado no Município de Jardim está materialmente provado pelos documentos que instruíram a representação feita pela Câmara Municipal através do ofício n.º 011/79, de ... 11.03.79, dirigido ao Exmo. Sr. Governador do Estado.

O acórdão n.º 1.883/78 do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, aprovado por Resolução n.º 01/78, de 11.03.79, do Poder Legislativo Municipal, comprova o fato de que o Prefeito Municipal não prestou contas de sua administração. Está, destarte, plenamente configurado e provado o fato previsto na alínea "c", § 3.º, do art. 15 da Constituição Federal.

A circunstância de ter o Prefeito Municipal de Jardim encaminhado, "*a posteriori*", a documentação relativa às

suas contas, do que dá notícia o ofício de 22.02.79, daquele edil ao Exmo. Sr. Governador do Estado, não desnatura o fato materialmente provado de que as suas contas relativas aos exercícios de 1975, 1976 e 1977 não foram prestadas na forma da lei.

Aliás, os próprios documentos que acompanham o mencionado expediente demonstram o fato da inobservância dos prazos fixados pela Lei 3.770, de 14.09.76, que dispôs sobre a organização municipal do Estado de Mato Grosso. Não será lícito se admitir, no entanto, como cumprido, o dever elementar do administrador público de prestar contas de sua administração quando, tendo deixado de fazê-lo por três exercícios consecutivos, somente após a comunicação do Egrégio Tribunal de Contas à Câmara Municipal desse fato, venha o Prefeito a encaminhar a documentação relativa às suas contas e, através desse procedimento, procurar ilidir o fato de que não prestou contas durante 3 (três) exercícios.

Acrescente-se, outrossim, o fato materialmente provado de que o Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, mesmo tendo recebido a citada documentação, decidiu, em acórdão de n.ºs. 463/79 a 500/79, deixar de apreciar os respectivos processos e considerar como não prestadas as contas da Prefeitura Municipal de Jardim, referentes aos exercícios de 1975, 1976 e 1977.

Além do mais, como se não bastassem tais fatos, o pedido de intervenção formulado ao Exmo. Sr. Governador do Estado, mediante representação datada de 11.03.79, a par das iniciativas tomadas pelo Prefeito Municipal da Câmara Municipal, não sustou nem modificou sua decisão de solicitar a in-

tervenção no Município; do contrário, vem-na reiterando sistematicamente.

Finalmente, considere-se que a intervenção, ainda, poderia ser decretada "*ex officio*" pelo Exmo. Sr. Governador do Estado, desde que comprovados materialmente quaisquer dos fatos que constituem os pressupostos constitucionais para a efetivação da medida intervencionista.

Como diz MIGUEL REALE, o horizonte do Estado é o da legalidade. O dever primacial do titular do Poder Executivo é o de zelar pela observância e fazer cumprir as leis, sob pena de,

com a sua omissão no exercício desse dever, ser responsabilizado.

Por tais fundamentos, salvo melhor juízo, o pressuposto constitucional para prática do ato de intervenção está materialmente comprovado e, assim vinculado, compete ao Exmo. Sr. Governador do Estado, discricionariamente decidir da oportunidade e da duração da intervenção, assim como a escolha do interventor e os limites da medida, requisitos que deverão ser consignados no respectivo decreto.

Campo Grande, 24 de maio de 1979.

LEGISLAÇÃO

DECRETO-LEI N.º 1, DE 1.º DE JANEIRO DE 1979

ESTABELECE A ORGANIZAÇÃO BÁSICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS

CAPÍTULO II

Da estrutura básica do Poder Executivo

Art. 24 — A Administração Pública Direta e Indireta e as fundações instituídas pelo Poder Executivo serão organizadas segundo sistemas, sob o comando de Secretarias, órgãos centrais normativos, de planejamento setorial, coordenação programática e executiva, de supervisão técnica, controle e fiscalização das atividades dos órgãos e entidades deles integrantes, compreendendo:

I — o Sistema Estadual de Planejamento, sendo seu órgão central a Secretaria de Planejamento e Coordenação Geral;

II — o Sistema Estadual de Finanças, sendo seu órgão central a Secretaria de Fazenda;

III — o Sistema Estadual de Administração, sendo seu órgão central a Secretaria de Administração;

IV — o Sistema Executivo para o Desenvolvimento de Recursos Huma-

nos, sendo seu órgão central a Secretaria de Desenvolvimento de Recursos Humanos;

V — o Sistema Executivo para o Desenvolvimento Econômico, sendo seu órgão central a Secretaria de Desenvolvimento Econômico;

VI — o Sistema Executivo de Infra-Estrutura Regional e Urbana, sendo seu órgão central a Secretaria de Infra-Estrutura Regional e Urbana;

VII — o Sistema Estadual de Justiça, sendo seu órgão central a Secretaria de Justiça;

VIII — O Sistema Estadual de Segurança Pública, sendo seu órgão central a Secretaria de Segurança Pública.

Parágrafo único — A Procuradoria Geral da Justiça e a Procuradoria Geral do Estado, diretamente subordinadas ao Governador do Estado, integram a estrutura básica da Administração Pública Direta do Poder Executivo, como órgãos do Sistema Estadual de Justiça.

DECRETO-LEI N.º 11 — DE 1.º DE JANEIRO DE 1979

DISPÕE SOBRE O SISTEMA ESTADUAL DE JUSTIÇA, AUTORIZA A CRIAÇÃO DA ENTIDADE QUE MENCIONA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 7.º da Lei Complementar n.º 31, de 11 de outubro de 1977, e o art. 5.º do Decreto-Lei n.º 1, de 1.º de janeiro de 1979.

DECRETA:

CAPÍTULO I

Do Sistema Estadual de Justiça

Art. 1.º — O Sistema Estadual de Justiça tem por objetivos articulação entre os Poderes Executivo e Judiciário, na área civil e criminal, a administração do Sistema Penitenciário e o controle do ordenamento jurídico no território do Estado de Mato Grosso do Sul.

Parágrafo único — A operacionalidade do Sistema será garantida pela interação constante dos órgãos que integram os subsistemas das áreas social, administrativa e judiciária.

Art. 2.º — Os seguintes órgãos e entidades integram o Sistema Estadual de Justiça:

I — Órgão Central

a) Secretaria de Justiça

II — Órgãos Colegiados

a) Conselho de Coordenação do Sistema Estadual de Justiça

b) Conselho Penitenciário de Mato Grosso do Sul

III — Órgãos de Atividades Específicas

a) Procuradoria Geral do Estado

b) Procuradoria Geral da Justiça

IV — Entidade Vinculada e Supervisionada

a) Departamento do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul (DSP)

CAPÍTULO II

Das competências dos órgãos do Sistema

SEÇÃO I

Do Órgão Central

Art. 3.º — A Secretaria de Justiça é o órgão central normativo, de planejamento setorial, coordenação programática e executiva, de supervisão técnica, controle e fiscalização das atividades do Sistema Estadual de Justiça, no que concerne aos órgãos e entidades a ela vinculados administrativamente, exercendo suas atribuições com o apoio técnico dos órgãos e entidades integrantes do Sistema e particularmente através do Conselho de que trata o art. 2.º, inciso II, letra "a" deste Decreto-lei.

Parágrafo único — Fica o Poder Executivo autorizado a estabelecer, mediante decreto, a estrutura básica e a competência dos órgãos da Secretaria.

SEÇÃO II Dos Órgãos Colegiados

Art. 4.º — O Conselho de Coordenação do Sistema Estadual de Justiça funcionará junto à Secretaria como órgão superior normativo, de coordenação, controle e retroalimentação da política operacional do Sistema e de avaliação do seu desempenho.

Parágrafo único — Ato normativo expedido pelo Secretário de Estado de Justiça disporá sobre a composição e o funcionamento do Conselho.

Art. 5.º — Funcionará, também, junto à Secretaria de Justiça, o Conselho Penitenciário de Mato Grosso do Sul, cuja estrutura, composição e atribuições serão definidas em ato próprio do Poder Executivo, observada a legislação pertinente.

CAPÍTULO III

Dos Órgãos de Atividades Específicas

Art. 6.º — As Procuradorias Gerais do Estado e da Justiça terão sua organização e competência dispostas em ato próprio do Poder Executivo, e serão subordinadas diretamente ao Governador do Estado.

CAPÍTULO IV

Da Entidade Vinculada e Supervisionada

Art. 7.º — Fica autorizada a criação do Departamento do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul (DSP), de que trata o art. 2.º, inciso IV, deste Decreto-lei, sob a forma au-

tárquica, com personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, com os objetivos de:

I — Custodiar os presos provisórios;

II — Propiciar assistência às pessoas submetidas a medidas de segurança;

III — Permitir aos egressos oportunidades de reintegração social;

IV — Realizar a observação cautelar dos beneficiários da suspensão e livramento condicionais;

V — Desenvolver o trabalho prisional.

Art. 8.º — Constituirão patrimônio e recursos da Autarquia:

I — Os bens móveis e imóveis que lhe forem doados ou que vier a adquirir;

II — As transferências a qualquer título do Tesouro estadual;

III — As transferências que lhe couberem em virtude de lei, convênios, ajustes ou acordos;

IV — O produto de operações de crédito;

V — Doações;

VI — As receitas oriundas dos serviços que prestar diretamente e pelo percentual que lhe couber no resultado dos trabalhos produzidos sob sua administração;

VII — Receitas eventuais.

Parágrafo único — O Poder Executivo incluirá na Lei de Orçamento dotação destinada à implantação e manutenção da entidade referida no artigo anterior.

Art. 9.º — A entidade de que trata este Capítulo considerar-se-á criada pelo decreto que dispuser sobre sua

competência e aprovar sua estrutura básica.

Art. 10 — Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Campo Grande, 1.º de janeiro de 1979.

HARRY AMORIM COSTA
Governador

Nelson Mendes Fontoura
Jardel Barcellos de Paula
Paulo de Almeida Fagundes
Nelson Strohmeier Lersch
Odilon Martins Romeo
Afonso Nogueira Simões Correa
Carlos Garcia Voges
Euro Barbosa de Barros

DECRETO-LEI N.º 25 — DE 1.º JANEIRO DE 1979

DISPÕE SOBRE A PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 7.º da Lei Complementar n.º 31, de 11 de outubro de 1977, e o art. 5.º do Decreto-lei n.º 1, de 1.º de janeiro de 1979.

DECRETA:

Art. 1.º — A Procuradoria Geral do Estado goza de autonomia administrativa, competindo-lhe a representação judicial e extrajudicial do Estado e, em especial:

I — A cobrança judicial da dívida ativa do Estado;

II — A defesa em Juízo, ou fora dele, ativa ou passivamente, dos atos do Governador do Estado;

III — O exercício de funções de consultoria jurídica da Administração, no plano superior, inclusive no que respeita às decisões das questões a que se refere o art. 205 da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como emitir pareceres, normativos ou não, para fixar a interpretação administrativa na execução de leis ou de atos do Executivo;

IV — Exercer a defesa dos interesses da Administração junto aos órgãos da fiscalização financeira e orçamentária, sem prejuízo das atribuições próprias do Ministério Público Especial junto ao órgão auxiliar do Poder Legislativo;

V — Exercer a supervisão dos órgãos jurídicos setoriais da Administração;

VI — Elaborar minuta de informações a serem prestadas ao Judiciário

em mandados de segurança impetrados contra o Governador e outras autoridades indicadas em regulamento;

VII — Propor a declaração de nulidade ou anulação de quaisquer atos;

VIII — Propor ao Governador o encaminhamento de representação para a declaração de inconstitucionalidade de quaisquer normas, minutar o correspondente documento, bem como as informações que devam ser prestadas pelo Governador, na forma da legislação específica;

IX — Propor ao Governador que solicite ao Procurador Geral da República o oferecimento de representação ao Supremo Tribunal Federal para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;

X — Propor ao Governador representação ao Procurador Geral da República para a avocação, pelo Supremo Tribunal Federal, de causas processadas perante quaisquer juízos, nas hipóteses previstas na legislação federal pertinente;

XI — Defender os direitos e interesses do Estado junto aos contenciosos administrativos;

XII — Assessorar o Governador na elaboração legislativa;

XIII — Representar ao Governador sobre providências de ordem jurídica reclamadas pelo interesse público e pela aplicação das leis vigentes;

XIV — Propor aos órgãos da Administração e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, por in-

termédio das Secretarias a que sejam vinculadas ou subordinadas, medidas de caráter jurídico que visem a proteger-lhes o patrimônio;

XV — Propor medidas necessárias à uniformização da jurisprudência administrativa;

XVI — Elaborar minutas padronizadas dos termos de contratos a serem firmados pelo Estado;

XVII — Opinar, quando solicitada, sobre as consultas que devam ser formuladas pela Administração aos órgãos de controle financeiro e orçamentário;

XVIII — Orientar a Administração no cumprimento de decisões judiciais e nos pedidos de extensão de julgados de seu interesse;

XIX — Examinar os documentos de natureza jurídica relevante dos órgãos setoriais ou locais do sistema jurídico do Estado;

XX — Colaborar com o Governador do Estado no controle da legalidade, no âmbito do Executivo; e

XXI — Desempenhar outras atribuições expressamente cometidas pelo Governador.

§ 1.º — É da exclusiva competência do Governador, dos Secretários de Estado, dos dirigentes de autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações, a formulação de consultas à Procuradoria Geral do Estado.

§ 2.º — É vedado a qualquer órgão adotar conclusões de parecer divergente do proferido pela Procuradoria Geral do Estado, cabendo, porém, ser solicitado o reexame da matéria, com a indicação das causas da divergência.

§ 3.º — Terão prioridade absoluta em sua tramitação os processos referentes a pedidos de informação e diligência formulados pela Procuradoria Geral do Estado.

§ 4.º — Os serviços de consultoria

serão prestados através das Procuradorias especializadas da sede da Procuradoria Geral, sempre que a matéria tiver especial relevância, estiver “**sub judice**”, refletir-se no âmbito de mais de uma Secretaria de Estado ou se relacionar com questão judicial pendente. Nos demais casos, a consultoria será prestada de forma descentralizada por assessores indicados pelos Secretários de Estado.

Art. 2.º — A Procuradoria Geral do Estado será dirigida por um Procurador Geral, maior de 35 anos, de notável saber jurídico, reputação ilibada e mais de 10 anos de prática forense, escolhido preferentemente entre os Procuradores do Estado e subordinado diretamente ao Governador do Estado.

§ 1.º — O cargo de Procurador Geral do Estado será provido em comissão e seu titular terá as prerrogativas de Secretário de Estado.

§ 2.º — O Procurador Geral do Estado será automaticamente substituído, em seus impedimentos, ausências temporárias, férias, licenças ou afastamentos ocasionais, bem como no caso de vacância do cargo, até a nomeação do novo titular, pelo Procurador Geral Adjunto do Estado, cujo cargo será provido em comissão, obedecido o disposto neste artigo.

Art. 3.º — Os Procuradores do Estado, no exercício de suas atribuições comuns, prescindem de instrumento de mandato.

Art. 4.º — A citação do Estado será feita na pessoa do seu Procurador-Geral ou, em sua falta, na do Procurador Geral Adjunto.

Art. 5.º — A estrutura da Procuradoria Geral do Estado e a fixação de atribuições de seus integrantes, inclusive as do Procurador Geral Adjunto, serão objeto de regulamentação.

Art. 6.º — Os cargos de Procurador

do Estado serão organizados em carreira, escalonados em três categorias.

Parágrafo único — A diferença de vencimentos, entre cada uma das categorias, é de 10% (dez por cento).

Art. 7.º — É prerrogativa dos Procuradores do Estado possuir carteira de identidade funcional, conforme modelo aprovado pelo Procurador Geral, sendo-lhes assegurado o porte de arma e a requisição de auxílio e colaboração das autoridades públicas para o desempenho de suas funções.

Art. 8.º — O ingresso na carreira de Procurador do Estado se dará no cargo inicial de Procurador de 1.ª categoria e dependerá de aprovação e ordem de classificação em concurso público de provas e títulos, realizado pela Procuradoria Geral do Estado com a participação de representante da Ordem dos Advogados do Brasil.

Art. 9.º — Só poderá inscrever-se no concurso advogado com o mínimo de cinco anos de prática forense, imediatamente anteriores, de reputação ilibada e com idade não superior a 35 anos, salvo se for funcionário do Estado.

Art. 10 — Nos processos que devam ter curso nas comarcas do interior, nas quais não haja Procurador do Estado em exercício, a representação do Estado é atribuída ao Ministério Público, ressalvada a possibilidade de designação de advogado pelo Procurador Geral.

Art. 11 — Os serviços administrativos da Procuradoria Geral do Estado, enquanto não ultimada sua implantação, poderão ser prestados por servidores requisitados ou contratados.

Parágrafo único — Para a prestação de serviços de natureza jurídica poderão ser contratados advogados, se necessário, sempre em casos específicos e mediante prévio ajuste de honorários, aprovado pelo Governador.

Art. 12 — Sem prejuízo do disposto no § 2.º do art. 24 da Lei Complementar n.º 31, de 11 de outubro de 1977, integrarão o quadro provisório de Procuradores do Estado de Mato Grosso do Sul os advogados efetivos do Departamento Jurídico do Estado de Mato Grosso que, a 31 de dezembro de 1978, tenham exercício no território do novo Estado.

Art. 13 — Este Decreto-Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Campo Grande, 1.º de janeiro de 1979.

HARRY AMORIM COSTA
Governador.

Nelson Mendes Fontoura
Jardel Barcelos de Paula
Paulo de Almeida Fagundes
Nelson Strohmeier Lersch
Odilon Martins Romeo
Afonso Nogueira Simões Correa
Carlos Gareia Voges
Euro Barbosa de Barros

DECRETO N.º 65 — DE 4 DE JANEIRO DE 1979

DISPÕE SOBRE A ESTRUTURA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 5.º do Decreto-Lei n.º 25 de 1.º de janeiro de 1979,

DECRETA:

CAPÍTULO I Da Competência

Art. 1.º — A Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, órgão integrante do Sistema Estadual de Justiça, de que trata o Decreto-lei n.º 11, de 1.º de janeiro de 1979, compete a representação judicial e extra-judicial do Estado, prestar apoio jurídico aos órgãos e entidades do Poder Executivo e, em especial, as atribuições especificadas no Decreto-Lei n.º 25 de 1.º de janeiro de 1979.

CAPÍTULO II Da Organização e Estrutura

SEÇÃO I Das Disposições Especiais

Art. 2.º — A Procuradoria Geral do Estado é dirigida pelo Procurador Geral do Estado, com a colaboração do Procurador-Geral Adjunto, que o substituirá em seus impedimentos legais e eventuais.

SEÇÃO II Da Estrutura Básica

Art. 3.º — A Procuradoria Geral do Estado tem a seguinte estrutura básica:

I — Órgão de Assistência direta e imediata ao Procurador Geral do Estado;

a) — Gabinete.

II — Órgão de atividades específicas:

a) — Procuradoria de Assuntos Tributários;

b) — Procuradoria de Assuntos do Pessoal;

c) — Procuradoria de Assuntos Administrativos;

d) — Procuradoria Judicial.

III — Órgão de apoio Técnico-Administrativo e Financeiro:

a) — Secretaria;

1) — Divisão de Apoio Jurídico;

2) — Divisão de Administração e Finanças.

IV — Órgãos Regionais

a) — Procuradorias Regionais.

CAPÍTULO III Da Competência dos Órgãos

Art. 4.º — Compete ao Gabinete do Procurador Geral:

I — A prestação de Assistência técnica e administrativa ao Procurador Geral;

II — O auxílio ao Procurador Geral na supervisão e coordenação das atividades do órgão.

III — A coordenação da assessoria legislativa da Procuradoria Geral;

IV — A coordenação da atuação da Procuradoria Geral como órgão central do sistema de apoio jurídico ao Executivo;

V — A edição e publicação da "Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul".

Art. 5.º — À Procuradoria de Assuntos Tributários compete a defesa dos Direitos e dos interesses do Estado em juízo e em procedimentos administrativos relacionados com matéria tributária, promovendo, inclusive, a cobrança de dívida ativa e dos demais créditos do Estado, desde que cobráveis por executivo fiscal.

Art. 6.º — À Procuradoria de Assuntos do Pessoal compete defender o Estado, em juízo ou fora dele, em feitos ou processos que digam respeito a reivindicações de servidores públicos estaduais ou envolvam pretensões de admissão ao serviço público.

Art. 7.º — À Procuradoria de Assuntos Administrativos compete a elaboração de pareceres, minutas, anteprojetos de lei e exame de processos que não se enquadram na competência das demais Procuradorias.

Art. 8.º — A Procuradoria Judicial compete a defesa, em juízo ou fora dele, dos direitos e interesses do Estado, em qualquer feito que não se enquadre na competência das demais Procuradorias, inclusive:

I — Executar, amigável ou judicialmente, desapropriações e projetos de alinhamentos;

II — Opinar nos processos administrativos referentes a desapropriações e

preparar a minuta dos respectivos atos sujeitos à assinatura do Governador;

III — Fiscalizar e promover a cobrança de impostos de transmissão nos feitos judiciais, onde forem devidos;

IV — Intervir nas apurações de haveres, dissoluções e liquidações judiciais de firmas e sociedades, nas arrematações de bens de defuntos e de ausentes e nos feitos judiciais correlatos;

V — Intervir em processos judiciais ou administrativos referentes a autorização, permissões ou concessões de serviços públicos estaduais;

VI — Opinar nos processos administrativos relativos a assuntos de sua competência.

Art. 9.º — As Procuradorias Regionais, até o número de 7 (sete), serão criadas, estruturadas e terão a competência que lhes for estabelecida em ato do Procurador Geral.

Art. 10 — A Secretaria compete a direção, orientação, fiscalização e execução dos serviços gerais administrativos, os de pessoal, de material e orçamentários da Procuradoria Geral.

Art. 11 — Compete à Divisão de Apoio Jurídico tratar de pesquisas bibliográficas, da documentação necessária às atividades fins, do arquivo, das comunicações administrativas da direção e organização técnica da biblioteca e da publicação de índices e monografias de interesse da Procuradoria Geral do Estado.

Art. 12 — Compete à Divisão de Administração e Finanças, observadas as normas gerais fixadas para os Sistemas Estaduais de Planejamento, Finanças e Administração, prestar apoio aos órgãos da Procuradoria Geral do Estado em assuntos administrativos, orçamentários e financeiros.

CAPÍTULO IV Dos Dirigentes

Art. 13 — Os órgãos competentes da estrutura básica da Procuradoria Geral do Estado serão dirigidos:

I — O Gabinete, pelo Procurador Geral Adjunto;

II — A Procuradoria de Assuntos Tributários, por Procurador de Assuntos Tributários;

III — A Procuradoria de Assuntos de Pessoal, por Procurador de Assuntos de Pessoal;

IV — A Procuradoria de Assuntos Administrativos, por Procurador de Assuntos Administrativos;

V — A Procuradoria Judicial, por Procurador Judicial;

VI — As Procuradorias Regionais, por Procuradores Regionais;

VII — A Secretaria, por chefe de Secretaria;

VIII — As Divisões, por chefe de Divisões.

CAPÍTULO V

Das Disposições Finais e Transitórias

Art. 14 — Os serviços de consultoria serão prestados através das Procuradorias especializadas sempre que a matéria tiver especial relevância, estiver “sub-judice”, refletir-se no âmbito de mais de uma Secretaria de Estado ou se relacionar com questão judicial

pendente e, nos demais casos, serão prestados de forma descentralizada por Assessores indicados pelos Secretários de Estado.

Art. 15 — Fica o Procurador Geral do Estado autorizado a:

I — Instituir mecanismos de natureza transitória, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, visando a solução de problemas específicos ou necessidades emergentes;

II — Expedir o Regimento da Procuradoria, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da data da publicação deste Decreto, estabelecendo a competência e o funcionamento de suas unidades e as atribuições dos servidores nela lotados;

III — Indicar ao Governador do Estado, até a implantação do Quadro de Procuradores, previsto no art. 6.º do Decreto-Lei n.º 25, de 1.º de janeiro de 1979, advogados, a fim de que lhes seja outorgado mandato procuratório destinado à promoção de cobranças judiciais da dívida ativa do Estado.

Parágrafo único — A remuneração dos advogados referidos no inciso III deste artigo decorrerá, única e exclusivamente, dos honorários determinados nas respectivas ações de execução.

Art. 16 — Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Campo Grande, 04 de janeiro de 1979.

LEI COMPLEMENTAR

LEI COMPLEMENTAR N.º 31, DE 11 DE OUTUBRO DE 1977 — CRIA O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

CAPÍTULO I

Disposições Preliminares

Art. 1.º — É criado o Estado de Mato Grosso do Sul pelo desmembramento de área do Estado de Mato Grosso.

Art. 2.º — A área desmembrada do Estado de Mato Grosso, para constituir o território do Estado de Mato do Sul, situa-se ao sul da seguinte linha demarcatória: das nascentes mais altas do Rio Araguaia, na divisa entre os Estados de Goiás e Mato Grosso, segue, em linha reta, limitando os Municípios de Alto Araguaia, ao norte, e Coxim, ao sul, até às nascentes do córrego das Furnas; continua pelo córrego das Furnas abaixo, limitando, ainda, os Municípios de Alto Araguaia, ao norte, e Coxim, ao sul, até sua foz no Rio Taquari; sobe o Rio Taquari até a barra do Rio do Pelxe, seu afluente da margem esquerda, continuando por este até sua nascente mais alta, tendo os Municípios de Alto Araguaia, ao leste, e Pedro Gomes, ao oeste; segue, daí, em linha reta, às nascentes do Rio Correntes, coincidindo com a linha divisória dos Municípios de Alto Araguaia e Pedro Gomes; desce o Rio Correntes até a sua confluência com o Rio Piquiri, coincidindo com os limi-

tes dos Municípios de Itiquira, ao norte, e Pedro Gomes, ao sul; continua pelo Rio Correntes, coincidindo com os limites dos Municípios de Itiquira, ao norte, e Corumbá, ao sul, até sua junção com o Rio Itiquira; da junção do Rio Correntes com o Rio Itiquira, segue coincidente com a Divisa dos Municípios de Barão de Melgaço, ao norte, e Corumbá, ao sul, até a foz do Rio Itiquira no Rio Cuiabá; da foz do Rio Itiquira no Rio Cuiabá, segue por este até a sua foz no Rio Paraguai, coincidindo com a divisa entre os Municípios de Poconé, ao norte, e Corumbá, ao sul; da confluência dos rios Cuiabá e Paraguai sobe pelo Rio Paraguai até o sangradouro da Lagoa Uberaba, coincidindo com os limites dos Municípios de Poconé, ao leste, e Corumbá, ao oeste; da boca do sangradouro da Lagoa Uberaba segue sangradouro acima até a Lagoa Uberaba, continuando, por sua margem sul, até o Marco Sul Uberaba, na divisa do Brasil com a Bolívia, coincidindo com os limites dos Municípios de Cáceres, ao norte, e Corumbá, ao sul.

Art. 3.º — A cidade de Campo Grande é a Capital do Estado.

CAPÍTULO II

Dos Poderes Públicos

SEÇÃO I

Da Assembléa Constituinte e do Poder Legislativo

Art. 4.º — A Assembléa Constituinte do Estado de Mato Grosso do Sul será eleita no dia 15 de novembro de 1978, e instalar-se-á no dia 1.º de janeiro de 1979, sob a presidência do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Mato Grosso.

Parágrafo único — O número de Deputados à Assembléa Constituinte será fixado de acordo com as normas constitucionais que disciplinam a composição das Assembléas Legislativas dos Estados.

Art. 5.º — A Assembléa Constituinte, após a promulgação da Constituição, passará a exercer o Poder Legislativo, como Assembléa Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul.

Parágrafo único — O mandato dos Deputados à Assembléa Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul extinguir-se-á concomitantemente com o dos Deputados às Assembléas Legislativas dos demais Estados.

SEÇÃO II Do Poder Executivo

Art. 6.º — Para o período que se encerrará com o do mandato dos Governadores dos Estados eleitos a 1.º de setembro de 1978, o Presidente da República nomeará o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, na forma do disposto no artigo 4.º da Lei Complementar n.º 20, de 1.º de julho de 1974.

Parágrafo único — O Governador do Estado de Mato Grosso do Sul será nomeado até 31 de março de 1978 e tomará posse no dia 1.º de janeiro de 1979, perante o Ministro da Justiça.

Art. 7.º — A partir da posse e até a promulgação da Constituição, o Governador poderá expedir decretos-leis

sobre todas as matérias de competência legislativa estadual.

SEÇÃO III Do Poder Judiciário

Art. 8.º — A administração da Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul competirá aos órgãos do seu Poder Judiciário, com a colaboração de órgãos auxiliares instituídos em lei.

Art. 9.º — O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul compor-se-á, inicialmente, de 7 (sete) Desembargadores, nomeados pelo Governador.

Art. 10 — O Tribunal de Justiça instalar-se-á até o 10.º (décimo) dia útil seguinte ao da posse dos seus 4 (quatro) primeiros membros.

Art. 11 — Incumbe ao Desembargador mais idoso, dentre os 4 (quatro) primeiros nomeados pelo Governador, adotar as providências para a execução do disposto no artigo anterior, assim como presidir o Tribunal de Justiça até a eleição e posse do Presidente e Vice-Presidente.

Parágrafo único — A eleição e a posse, previstas neste artigo, realizar-se-ão no 5.º (quinto) dia útil seguinte àquele em que se completar a composição do Tribunal, exigida a presença mínima da maioria dos Desembargadores.

Art. 12 — A eleição do Presidente e do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça processar-se-á por escrutínio secreto, considerando-se eleitos os que alcançarem a maioria dos votos presentes.

§ 1.º — No caso de empate, considerar-se-á eleito o mais antigo na magistratura e, se igual a antiguidade, o mais idoso.

§ 2.º — Os mandatos do Presidente e do Vice-Presidente, eleitos na forma deste artigo, expirarão a 1.º de janeiro de 1981.

Art. 13 — A fim de possibilitar o quorum mínimo de 4 (quatro) Desembargadores, necessário para a instalação e funcionamento do Tribunal de Justiça, poderá o Governador, no primeiro provimento, nomear Desembargadores pertencentes à Justiça do Estado de Mato Grosso, dentre os que, até 31 de outubro de 1978, lhe manifestem por escrito, aceitar a nomeação.

§ 1.º — É facultado ao Governador, se inferior a 4 (quatro) o número dos nomeados na forma do *caput* deste artigo, completá-lo:

I — Por nomeação de Advogado ou membro do Ministério Público, de notório merecimento e idoneidade moral, com 10 (dez) anos, pelo menos, de prática forense;

II — Por promoção de Juizes de Direito que integrem a Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, tantos cargos quantos bastem para atingir o quorum mencionado neste artigo, observando o disposto no artigo 144, item III, primeira e segunda partes, da Constituição.

§ 2.º — A faculdade conferida ao Governador por este artigo exercer-se-á até 31 de janeiro de 1979, devendo as outras 3 (três) vagas de Desembargador ser preenchidas por indicações do Tribunal de Justiça, obedecido o disposto no art. 144, item III, da Constituição.

§ 3.º — Não sendo preenchida a vaga de Desembargador reservada a Advogado ou a membro do Ministério Público pela forma prevista no § 1.º, item I, o Tribunal de Justiça, na quin-

zena subsequente à sua instalação, votará lista triplíce mista, observados os requisitos do art. 144, item IV, da Constituição.

§ 4.º — A nomeação mencionada no § 1.º, item I, e no parágrafo anterior, somente podem concorrer advogados inscritos na Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, nos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, e membros do Ministério Público desses Estados.

Art. 14 — O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul providenciará a instalação e o funcionamento do Tribunal Regional Eleitoral.

Art. 15 — O Tribunal de Justiça, até a sua 5.^a (quinta) sessão ordinária, mediante eleição pelo voto secreto, escolherá os 2 (dois) Desembargadores, os 2 (dois) Juizes de Direito e os 6 (seis) cidadãos de notável saber jurídico e idoneidade moral, dentre os quais o Presidente da República nomeará 2 (dois) que, com aqueles e o Juiz Federal, comporão o Tribunal Regional Eleitoral.

Parágrafo único — Os Desembargadores e Juizes de Direito, eleitos na forma deste artigo, serão empossados pelo Presidente do Tribunal de Justiça, em sessão do Tribunal Regional Eleitoral, que se realizará no dia subsequente ao da sua eleição, e, em seguida, sob a presidência do Desembargador mais idoso, juntamente com os outros membros já nomeados do Tribunal Regional Eleitoral, elegerão o Presidente e o Vice-Presidente, observado o disposto no art. 12 e seu § 1.º

Art. 16 — Passarão a integrar a Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul os Juizes de Direito e os Juizes Substitutos, com exercício em comarca se-

diada no território sob sua jurisdição, desde que o requeiram, até 30 de novembro de 1978, ao Governador nomeado, assegurados os respectivos cargos, direitos e garantias.

SEÇÃO IV Do Ministério Público

Art. 17 — O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul terá por Chefe o Procurador-Geral, nomeado, em comissão pelo Governador, dentre cidadãos maiores de 35 (trinta e cinco) anos, de notório saber jurídico e reputação ilibada.

Art. 18 — Comporão o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul os membros do Ministério Público do Estado de Mato Grosso que, na data da vigência desta lei, estejam exercendo suas funções no território do novo Estado, sendo-lhes assegurados os respectivos cargos, direitos e garantias.

Art. 19 — Poderão ser nomeados para funcionar junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul os Procuradores da Justiça do Estado de Mato Grosso, desde que o requeiram ao Governador até 30 de novembro de 1978, sendo-lhe assegurados os respectivos cargos, direitos e garantias.

Parágrafo único — As nomeações mencionadas neste artigo levarão em conta as necessidades de serviço do Estado de Mato Grosso, após o desmembramento.

CAPÍTULO III Do Patrimônio

Art. 20 — No respectivo território, o Estado de Mato Grosso do Sul suce-

de, no domínio, jurisdição e competência, ao Estado de Mato Grosso.

Art. 21 — O patrimônio da administração direta do Estado de Mato Grosso existente, a 1.º de janeiro de 1979, no território do Estado de Mato Grosso do Sul, fica transferido a este Estado.

Parágrafo único — Compreendem-se no patrimônio os bens, rendas, direitos e encargos.

Art. 22 — O patrimônio das entidades da administração indireta e das fundações instituídas por lei estadual, compreendendo os bens, rendas, direitos e encargos, será distribuído entre os Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, em função das respectivas necessidades, com prévia audiência da Comissão Especial a ser criada nos termos desta lei.

§ 1.º — Fica a União autorizada a assumir a dívida fundada e encargos financeiros da administração direta do Governo do Estado de Mato Grosso, a partir de 1.º de janeiro de 1979, inclusive os decorrentes de prestação de garantia, ouvida a Comissão Especial mencionada neste artigo e mediante aprovação do Presidente da República.

§ 2.º — Até 31 de dezembro de 1978, os órgãos da administração direta do Governo de Mato Grosso, as entidades da administração indireta e as fundações criadas por lei estadual somente poderão assumir obrigações e encargos financeiros que ultrapassem aquele exercício, quando previamente autorizadas pelo Presidente da República.

CAPÍTULO IV Do Pessoal

Art. 23 — Observados os princípios

estabelecidos no inciso V e § 4.º do art. 13 da Constituição, os Governadores dos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul deverão aprovar, no prazo máximo de 6 (seis) meses, no primeiro caso a partir de 1.º de janeiro e no segundo a contar de 15 de março de 1979, os quadros e tabelas definitivos do pessoal civil e os efetivos da Polícia Militar.

Parágrafo único — Os quadros e tabelas de que trata este artigo serão organizados com base na lotação que for fixada para órgãos de cada um dos Estados.

Art. 24 — Os servidores pertencentes ao Estado de Mato Grosso, em exercício em 31 de dezembro de 1978, serão incluídos em quadros provisórios, na situação funcional em que se encontrarem.

§ 1.º — Em decorrência do disposto neste artigo, haverá quadros provisórios de pessoal para o Estado de Mato Grosso e para o Estado de Mato Grosso do Sul, nos quais serão incluídos, respectivamente, os servidores em exercício no território de cada um dos referidos Estados.

§ 2.º — Aprovados os quadros definitivos, se verificada a existência de excedentes, estes poderão ser redistribuídos, após sua prévia manifestação, de um Estado para outro, a fim de completarem as respectivas lotações, de conformidade com critérios que serão definidos pelos Governos dos Estados de Mato Grosso e de Mato Grosso do Sul em coordenação com a Comissão Especial prevista nesta lei.

§ 3.º — Os funcionários efetivos e os servidores regidos pela legislação trabalhista estáveis e os não optantes pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que não se manifestarem favoravelmente à redistribuição de que

trata o parágrafo anterior, assim como os que, por falta de vaga nas respectivas lotações, não puderem ser redistribuídos, serão incluídos em quadros ou tabelas suplementares.

Art. 25 — A partir da vigência desta Lei e até 1.º de janeiro de 1979 fica vedado, nos termos do art. 3.º § 5.º da Lei Complementar n.º 20, de 1.º de julho de 1974, ao Estado de Mato Grosso admitir pessoal ou alterar disposições legais a respeito.

Parágrafo único — O disposto neste artigo não se aplica às admissões, ou contratações relativas a claros decorrentes de aposentadoria ou falecimento, nomeação de concursados e às exceções referidas nos itens I, III, IV e VI do § 1.º do art. 1.º do Ato Complementar n.º 52, de 2 de maio de 1969; nos demais casos, se necessário, as admissões ficarão condicionadas à manifestação favorável da Comissão Especial prevista nesta lei.

Art. 26 — A contagem do tempo de serviço dos servidores redistribuídos não será interrompida, sendo válida no Estado em que se integrarem, para todos os efeitos legais.

Parágrafo único — Os contribuintes do Instituto de Previdência do Estado de Mato Grosso — IPEMAT, locados no Estado de Mato Grosso do Sul, continuarão contribuindo para aquela entidade, até que instituição análoga seja criada no novo Estado, quando lhe serão transferidos tais contratos de pecúlio, mediante convênio firmado pelas duas entidades.

Art. 27 — A responsabilidade do pagamento dos inativos e pensionistas existentes a 31 de dezembro de 1978 cabe ao Estado de Mato Grosso, com a colaboração financeira do Estado de Mato Grosso do Sul e do Governo Federal, conforme proposição a ser apre-

sentada pela Comissão Especial de que trata esta Lei.

CAPÍTULO V Do Orçamento

Art. 28 — Os Estados de Mato Grosso e de Mato Grosso do Sul terão, para o exercício financeiro de 1979, orçamentos próprios, elaborados de acordo com as disposições legais vigentes e o estabelecido neste capítulo.

§ 1.º — O projeto de lei orçamentária anual do Estado de Mato Grosso, para o exercício financeiro de 1979, será encaminhado pelo Poder Executivo à Assembléia Legislativa, nos termos da legislação estadual em vigor.

§ 2.º — O orçamento anual do Estado de Mato Grosso do Sul, para o exercício financeiro de 1979, será aprovado pelo Governador, mediante decreto-lei, no dia de sua posse.

§ 3.º — Serão também aprovados, por ato do Governador, os orçamentos, para o exercício financeiro de 1979, das entidades da administração indireta e das fundações criadas pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Art. 29 — A partir do exercício financeiro de 1979, inclusive, as transferências da União aos Estados de Mato Grosso e de Mato Grosso do Sul, decorrentes das disposições constitucionais e legais vigentes, deverão ser previstas como receita, nos respectivos orçamentos.

Art. 30 — Fica o Poder Executivo Federal autorizado a abrir, no Orçamento da União, para o exercício de 1978, mediante cancelamento de outras dotações, crédito especial no valor de Cr\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de cruzeiros) destinado ao

Ministério do Interior, para atender às despesas preliminares com a instalação do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul e demais providências decorrentes da execução da presente Lei.

CAPÍTULO VI Dos Partidos e das Eleições

Art. 31 — O Estado de Mato Grosso do Sul constituirá, a partir das eleições de 1978, circunscrição eleitoral distinta da do Estado de Mato Grosso, válidos os atuais títulos nas respectivas zonas eleitorais.

Art. 32 — Ficam extintos os atuais Diretórios Regionais dos Partidos Políticos do Estado de Mato Grosso, cabendo às Comissões Executivas Nacionais designarem Comissões Provisórias nos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, nos termos e para os fins previstos no artigo 59 da Lei n.º 5.682, de 21 de julho de 1971, com as alterações que lhe foram introduzidas pelas Leis n.ºs. 5.697, de 27 de agosto de 1971, 5.781, de 5 de junho de 1972, e 6.196, de 19 de dezembro de 1974.

Parágrafo unico — São mantidos os Diretórios Municipais existentes nos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

Art. 33 — Das Convenções Partidárias Regionais, previstas na Lei n.º 5.682, de 21 de julho de 1971, a se realizarem nos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, em 1978, participarão os atuais Senadores, Deputados Federais e Deputados Estaduais, eleitos pelo Estado de Mato Grosso, na circunscrição em que tenham domicílio eleitoral.

Art. 34 — Nas primeiras eleições

federais e estaduais nos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, serão elegíveis candidatos que tenham requerido, até 15 de novembro de 1977, a transferência do domicílio eleitoral de um para outro Estado.

Art. 35 — O Senador eleito pelo Estado de Mato Grosso, cujo mandato termina em 31 de janeiro de 1983, apresentará o Estado em que, à época da respectiva eleição, tinha domicílio eleitoral.

Art. 36 — Nas eleições de 15 de novembro de 1978, para o Senado, no Estado que deva eleger três Senadores, o menos votado dos dois eleitos por sufrágio direto terá o mandato de quatro anos.

Parágrafo único — No Estado de Mato Grosso do Sul, a eleição do Senador a que se refere o § 2.º do art. 41 da Constituição realizar-se-á no dia 28 de janeiro de 1979, pelo Colégio Eleitoral formado pela Assembléia Constituinte e Delegados das Câmaras Municipais.

Art. 37 — Não participarão do Colégio Eleitoral do Estado de Mato Grosso, nas eleições de 1.º de setembro de 1978, os Deputados estaduais com domicílio eleitoral no Estado de Mato Grosso do Sul, nem os Delegados das Câmaras Municipais neste sediados.

CAPÍTULO VII

Disposições Gerais e Transitórias

Art. 38 — O Poder Executivo Federal instituirá, a partir de 1979, programas especiais de desenvolvimento para os Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, com duração de 10 (dez) anos, propiciando apoio financeiro aos Governos dos dois Estados, inclusive quanto a despesas correntes.

§ 1.º — No exercício financeiro de 1979, os referidos programas deverão envolver recursos da União no valor mínimo de Cr\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de cruzeiros), dos quais pelo menos Cr\$ 1.400.000.000,00 (hum bilhão e quatrocentos milhões de cruzeiros), destinados ao Estado de Mato Grosso.

§ 2.º — Os recursos para os programas de que trata este artigo deverão constar dos projetos de lei orçamentária anual e plurianual da União.

Art. 39 — A União providenciará as medidas necessárias à federalização da Universidade Estadual de Mato Grosso, localizada na cidade de Campo Grande.

Art. 40 — Aplicar-se-á, no Estado de Mato Grosso do Sul, a legislação em vigor no Estado de Mato Grosso, à data da vigência desta lei, até que leis ou decretos-leis, expedidos nos termos do art. 7.º, a substituam.

Art. 41 — O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso manterá íntegra, até a instalação do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, sua competência originária e recursal, abrangendo sua jurisdição todo o território do Estado de Mato Grosso anterior à criação do novo Estado.

Art. 42 — Até que se instale o Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Mato Grosso do Sul, suas atribuições serão exercidas pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Mato Grosso.

Art. 43 — Enquanto não se instalar a Seção Judiciária Federal no Estado de Mato Grosso do Sul, continuará com jurisdição sobre o seu território a do Estado de Mato Grosso.

Art. 44 — A nomeação do Prefeito da Capital, nos termos da Constituição

Federal, far-se-á após o término do mandato do atual Prefeito do Município de Campo Grande.

Art. 45 — A Amazônia, a que se refere o artigo 2.º da Lei n.º 5.173, de 27 de outubro de 1966, compreenderá também toda a área do Estado de Mato Grosso.

Art. 46 — A área de atuação da Superintendência de Desenvolvimento da Região Centro-Oeste compreenderá os Estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás, o Distrito Federal e o Território Federal de Rondônia.

Parágrafo único — O Poder Executivo Federal dotará a Superintendência de Desenvolvimento da Região Centro-Oeste dos instrumentos necessários para o planejamento regional e coordenação da execução dos programas especiais de desenvolvimento de que trata o artigo 38.

Art. 47 — As entidades da administração indireta e as fundações instituídas por lei estadual, até que se efetive a distribuição patrimonial prevista no artigo 22, caput, continuarão vinculadas ao Estado de Mato Grosso e sob sua responsabilidade.

Art. 48 — O Poder Executivo Federal criará Comissão Especial, vinculada ao Ministério do Interior e integrada por representantes deste e do Ministério da Justiça, da Secretaria de Planejamento da Presidência da República e do Departamento Administrativo do Serviço Público — DASP, com as seguintes finalidades.

I — propor os programas especiais de desenvolvimento referidos no art. 38 e acompanhar a sua execução;

II — assessorar o Governo Federal e colaborar com os Governos dos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul na execução das medidas de-

correntes desta Lei, especialmente as relativas ao patrimônio, pessoal e orçamento, submetendo à apreciação do Presidente da República as questões pendentes de decisão no âmbito dos governos dos dois Estados e de órgãos ou entidades do Governo Federal;

III — examinar os encargos financeiros das entidades da administração indireta e fundações criadas por lei estadual, propondo medidas destinadas à definição das responsabilidades financeiras, inclusive a cooperação do Governo Federal.

IV — outras, a ela atribuídas no corpo desta lei.

Parágrafo único — Integrarão a Comissão Especial representantes dos Governos dos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

Art. 49 — O Estado de Mato Grosso, em face da diminuição de seu território, redimensionará os órgãos e entidades de sua Administração, inclusive dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Parágrafo único — Os órgãos e entidades do Governo Federal em atuação nos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul serão adaptados às condições resultantes da presente Lei.

Art. 50 — Após a nomeação do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, o Ministro do Interior poderá requisitar, sem prejuízo de direitos e vantagens, servidores do Estado de Mato Grosso, que ficarão à sua disposição para atender às providências antecedentes à instalação dos Poderes do novo Estado.

Art. 51 — Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 52 — Revogam-se as disposições em contrário.

+

Brasília, em 11 de outubro de 1977;
156.º da Independência e 89.º da
República.

Ernesto Geisel

Armando Falcão
Mário Henrique Simonsen
João Paulo dos Reis Velloso
Maurício Rangel Reis

RESOLUÇÃO PGE — N.º 1 — DE 1.º DE MARÇO DE 1979

ESTRUTURA AS PROCURADORIAS REGIONAIS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO E FIXA-LHES A ÁREA DE ATUAÇÃO.

O Procurador Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, no uso de suas atribuições,

considerando a criação do quadro de Procuradores Regionais pelo Decreto-Lei n.º 42, de 2 de janeiro de 1979;

considerando a necessidade de estruturação e instalação das Procuradorias Regionais, a fim de atender às questões e problemas jurídicos de interesse do Estado, nas regiões que as integram, máxime o ajuizamento e acompanhamento da cobrança da dívida ativa do Estado, até que entre em vigor o Regimento Interno da Procuradoria Geral do Estado, no prazo do art. 15 inciso II do Decreto n.º 65, de 4.1.79;

RESOLVE:

Art. 1.º — As Procuradorias Regionais são chefiadas por um Procurador Regional, nomeado pelo Governador do Estado, diretamente subordinado ao Procurador Geral do Estado, com a categoria funcional símbolo DAS-3 e disporá cada uma de um auxiliar Administrativo III PD-18.

Atr. 2.º — Compete às Procuradorias Regionais cumprir todas as determinações da Procuradoria Geral do Estado, exercendo as atribuições que lhes forem conferidas por ato do Procurador Geral do Estado.

Art. 3.º — Os Procuradores Regio-

nais são obrigados a apresentar relatório de suas atividades, mensalmente ao Procurador Geral do Estado.

Parágrafo único — A elaboração periódica desses relatórios não exclui a obrigação de os Procuradores Regionais fornecerem dados e informações solicitados pela Procuradoria Geral do Estado, em qualquer época em que se tornarem necessários.

Art. 4.º — Os Procuradores Regionais poderão propor ao Procurador Geral do Estado a contratação, na forma do art. 15, inciso III e seu parágrafo único, do Decreto n.º 65, de 4 de janeiro de 1979, de advogados para promoção da cobrança da dívida ativa do Estado, nas comarcas situadas fora da sede das respectivas Procuradorias Regionais, desde que demonstrada a necessidade de tal providência.

Art. 5.º — Fica vedado aos Procuradores Regionais o atendimento de consultas e emissão de pareceres em matéria de competência da Procuradoria Geral do Estado, por solicitação dos órgãos da Administração Pública Direta ou Indireta do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, salvo determinação específica do Procurador Geral do Estado.

Art. 6.º — Não poderão os Procuradores Regionais transigir, confessar, desistir, firmar acordos e compromissos, ou deixar de usar dos recursos or-

dinários, salvo quando expressamente autorizados pelo Procurador Geral do Estado.

Art. 7.º — As Procuradorias Regionais ficam sujeitas à orientação técnica e jurídica expedida pelas Procuradorias Especializadas da Procuradoria Geral do Estado, com visto do Procurador Geral do Estado.

Art. 8.º — A área de atuação das Procuradorias Regionais, referidas no art. 3.º, inciso IV e art. 9.º do Decreto n.º 65, de 04 de janeiro de 1979, é fixada de acordo com o anexo que acompanha a presente.

Art. 9.º — Os casos omissos serão decididos pelo Procurador Geral do Estado.

Art. 10 — Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Campo Grande, 1.º de março de 1979

JOSÉ COUTO VIEIRA PONTES
Procurador Geral do Estado

ANEXO À RESOLUÇÃO N.º 1/79

1.ª Procuradoria Regional. Sede: Corumbá, abrangendo as comarcas da sede bem como a de Miranda.

2.ª Procuradoria Regional. Sede: Dourados, compreendendo a comarca da sede, bem como as de Rio Brillante, Fátima do Sul, Glória de Dourados, Maracaju e Caarapó.

3.ª Procuradoria Regional. Sede: Três Lagoas, compreendendo a comarca da sede.

4.ª Procuradoria Regional. Sede: Coxim, compreendendo a comarca da sede, bem como as de Rio Verde de Mato Grosso, Camapuã e Pedro Gomes.

5.ª Procuradoria Regional. Sede: Ponta Porã, compreendendo a comarca da sede, bem como as de Amambai, Bela Vista, Porto Murtinho e Eldorado.

6.ª Procuradoria Regional. Sede: Paranaíba, compreendendo a comarca da sede, bem como as de Aparecida do Tabuado e Cassilândia.

7.ª Procuradoria Regional. Sede: Nova Andradina, compreendendo a comarca da sede, bem como as de Ivinhema, Bataguçu e Naviraí.

RESOLUÇÃO PGE — N.º 3, DE 25 DE ABRIL DE 1979

APROVA O REGIMENTO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.

O PROCURADOR GERAL DO ESTADO, no uso de suas atribuições e, considerando o disposto no art. 15, inciso II do Decreto n.º 65, de 04 de janeiro de 1979,

RESOLVE:

Art. 1.º — Fica aprovado o Regimento da Procuradoria Geral do Estado, consoante Decreto n.º 65, de 04 de janeiro de 1979.

Art. 2.º — Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Campo Grande, 25 de abril de 1979.

JOSÉ COUTO VIEIRA PONTES
Procurador Geral do Estado

REGIMENTO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

TÍTULO I

Da finalidade, natureza e competência

Art. 1.º — A Procuradoria Geral do Estado, órgão do Sistema Estadual de Justiça, de que trata o Decreto-Lei n.º 11, de 1.º de janeiro de 1979 é diretamente subordinada ao Governador do Estado, integrando a estrutura básica da Administração Pública Direta do Poder Executivo:

Art. 2.º — A Procuradoria Geral do Estado, tem por competência:

I — Representar, judicial e extrajudicialmente o Estado;

II — Defender, em juízo, ou fora dele, ativa e passivamente, os atos do Governador do Estado, praticados nesta qualidade;

III — Representar a fazenda do Estado perante o Tribunal de Contas e exercer a defesa dos interesses da Administração perante os órgãos de fiscalização financeira e orçamentária, sem prejuízo das atribuições próprias do Ministério Público Especial perante o órgão auxiliar do Poder Legislativo;

IV — Promover privativamente a cobrança da dívida ativa do Estado;

V — Exercer as funções de consultoria jurídica do Poder Executivo e da Administração, nos termos do art. 1.º, §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 25, de 1.º de janeiro de 1979, inclusive no que diz respeito às decisões das questões a que se refere o art. 205 da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como emitir pareceres, normativos ou não, para fixar a interpretação administrativa na execução de leis ou atos do Poder Executivo;

VI — Exercer a supervisão dos órgãos jurídicos setoriais da Administração;

VII — Elaborar minutas de informação a serem prestadas ao judiciário, em mandados de segurança impetrados contra o Governador e outras autoridades indicadas em regulamento;

VIII — Propor a declaração de nulidade ou anulação de quaisquer atos, minutar o correspondente documento, bem como as informações que devam

ser prestadas pelo Governador na forma da legislação específica;

IX — Propor ao Governador que solicite ao Procurador Geral da República o oferecimento de representação ao Supremo Tribunal Federal para interpretação de Lei ou ato normativo Federal ou Estadual;

X — Propor ao Governador representação ao Procurador Geral da República para a avocação, pelo Supremo Tribunal Federal, de causas processadas perante quaisquer juízos, nas hipóteses previstas na legislação federal pertinente;

XI — Defender os direitos e interesses do Estado perante os contenciosos administrativos;

XII — Assessorar o Governador na elaboração legislativa;

XIII — Representar o Governador sobre providências de ordem jurídica reclamadas pelo interesse público e pela aplicação das leis vigentes;

XIV — Propor aos órgãos da Administração e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, por intermédio das Secretarias a que sejam vinculadas ou subordinadas, medidas de caráter jurídico que visem a proteger-lhes o patrimônio;

XV — Propor medidas necessárias à uniformização da jurisprudência administrativa;

XVI — Elaborar minutas padronizadas dos termos de contratos a serem firmados pelo Estado;

XVII — Opinar, quando solicitada, sobre as consultas que devam ser formuladas pela Administração aos órgãos de controle financeiro e orçamentário;

XVIII — Orientar a Administração no cumprimento de decisões judiciais e nos pedidos de extensão de julgado de seu interesse;

XIX — Examinar os documentos de

natureza jurídica relevante dos órgãos setoriais ou locais do sistema jurídico do Estado;

XX — Colaborar com o Governador do Estado no controle da legalidade, no âmbito do Executivo;

XXI — Desempenhar outras atribuições expressamente cometidas pelo Governador; e

XXII — Realizar os concursos públicos para provimento dos cargos de Procurador do Estado, em articulação com órgão central do Sistema do Pessoal Civil.

TÍTULO II DA ORGANIZAÇÃO OPERACIONAL

CAPÍTULO I Da Estrutura

Art. 3.º — A Procuradoria Geral do Estado tem a seguinte estrutura básica:

I — Órgão de Assistência direta e imediata ao Procurador Geral do Estado:

a) — Gabinete

II — Órgãos de atividades específicas:

a) — Procuradoria de Assuntos Tributários;

b) — Procuradoria de Assuntos do Pessoal;

c) — Procuradoria de Assuntos Administrativos;

d) — Procuradoria Judicial;

III — Órgão de Apoio Técnico-Administrativo e Financeiro:

a) — Secretaria:

1) Divisão de Apoio Jurídico;

2) Divisão de Administração e Finanças.

IV — Órgãos Regionais:

a) — Procuradorias Regionais:

TÍTULO III Das Atribuições dos Dirigentes

CAPÍTULO I Do Procurador Geral

Art. 4.º — A Procuradoria Geral do Estado é dirigida por um Procurador Geral, auxiliado pelo Procurador Geral Adjunto, que o substituirá nos seus impedimentos e afastamentos eventuais.

Art. 5.º — Além das atribuições definidas em lei, compete ao Procurador Geral:

I — Propor ao Governador a declaração de nulidade de atos administrativos da Administração Direta e Indireta;

II — Propor ao Governador a representação sobre inconstitucionalidade de leis, consoante os fins previstos na Constituição da República Federativa do Brasil;

III — Representar, a pedido do Governador, ao Tribunal competente acerca da inconstitucionalidade de leis ou atos estaduais e municipais, por determinação do Governador ou solicitação de Prefeito ou Presidente de Câmara Municipal, respectivamente;

IV — Receber citações e notificações oriundas de feitos judiciais promovidos contra a Fazenda Estadual;

V — Desistir, transigir, firmar compromissos e confessar, nas ações de interesse da Fazenda Estadual, mediante autorização do Governador;

VI — Propor ao Governador a adoção de medidas de ordem jurídica que lhe pareçam consultar o interesse público e a aplicação das leis vigentes;

VII — Decidir as dúvidas quanto

à competência das procuradorias especializadas;

VIII — Indicar ao Governador do Estado, até a implantação do Quadro de Procuradores, previsto no art. 6.º do Decreto-Lei n. 25, de 1.º de janeiro de 1979, advogados, a fim de que lhes seja outorgado mandato procuratório destinado à promoção de cobranças judiciais da dívida ativa do Estado.

CAPÍTULO II Do Procurador Geral Adjunto

Art. 6.º — Compete ao Procurador Geral Adjunto:

I — Chefiar Gabinete do Procurador Geral;

II — Prestar assistência técnica e administrativa ao Procurador Geral;

III — Auxiliar o Procurador Geral na supervisão e coordenação das atividades do órgão;

IV — Coordenar a assessoria legislativa da Procuradoria Geral;

V — Coordenar a atuação da Procuradoria Geral como órgão central do sistema de apoio jurídico ao Executivo;

VI — Editar a "Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Mato Grosso do Sul".

Parágrafo Único — A revista será publicada anualmente e contará com a colaboração de cultores da ciência jurídica nacionais e estrangeiros, além de acolher trabalhos doutrinários dos procuradores do Estado;

Art. 7.º — O Procurador Geral Adjunto substitui automaticamente o Procurador Geral do Estado em seus impedimentos, ausências temporárias, férias, licenças ou afastamentos oca-

sionais, bem como no caso de vacância de cargo, até nomeação de novo titular.

Parágrafo único — O cargo de Procurador Geral Adjunto do Estado será provido em comissão, obedecida a disposição contida no art. 2.º do Decreto-Lei n.º 25, de 1.º de janeiro de 1979.

CAPÍTULO III

Da Competência dos Órgãos Dos Órgãos de Atividades Específicas

SEÇÃO I

Da Procuradoria de Assuntos Tributários

Art. 8.º — Compete à Procuradoria de Assuntos Tributários:

I — A defesa dos interesses jurídicos do Estado em juízo e em procedimentos administrativos relacionados com matéria tributária;

II — A promoção de cobranças da dívida ativa do Estado e dos demais créditos, desde que cobráveis através de executivo fiscal;

III — A defesa dos interesses da Fazenda do Estado nas ações e processos de qualquer natureza, mesmo em mandado de segurança relativo a matéria fiscal;

SEÇÃO II

Da Procuradoria de Assuntos do Pessoal

Art. 9.º — Compete à Procuradoria de Assuntos do Pessoal:

I — A defesa do Estado em juízo ou fora dele, em feitos judiciais ou administrativos pertinentes a reivindicações de servidores públicos estaduais;

II — O exame e a defesa do Estado em procedimentos judiciais ou administrativos que envolvam pretensões de ingresso no serviço público, a qualquer título;

SEÇÃO III

Da Procuradoria de Assuntos Administrativos

Art. 10 — Compete à Procuradoria de Assuntos Administrativos:

I — Elaborar pareceres em processos concernentes a matéria jurídica de interesse da Administração Pública em Geral;

II — Acompanhar processos de mandado de segurança, em todas as instâncias, salvo os relativos a matéria fiscal;

III — Minutar os decretos de declaração de utilidade ou necessidade pública e de interesse social para fim de desapropriação ou instituição de servidões, e promover, por via amigável ou judicial, as desapropriações de interesse do Estado;

IV — Minutar representações a respeito de inconstitucionalidades de leis, acompanhando os respectivos processamentos em todas as suas fases;

V — Minutar contratos e escrituras, representando o Governo do Estado no ato de sua assinatura, quando autorizado, ressalvados os casos de competência da Procuradoria Judicial.

SEÇÃO IV
Da Procuradoria Judicial

Art. II — Compete à Procuradoria Judicial:

I — A defesa do Estado, perante o Judiciário, em todo e qualquer processo que não se enquadre na competência das demais Procuradorias;

II — Fiscalizar e promover a cobrança de impostos de transmissão, nos feitos judiciais, onde forem devidos;

III — Intervir nas apurações de haveres, dissoluções e liquidações judiciais de firmas e sociedades, nas arrecadações de bens de defuntos e de ausentes, bem como nos feitos judiciais correlatos;

IV — Intervir em processos judiciais ou administrativos referentes a autorização, permissão ou concessão de serviços públicos estaduais;

V — Opinar em processos administrativos relativos a assuntos de sua competência;

VI — Receber e outorgar escritura referente a bens imóveis, quando autorizado, e promover os registros imobiliários, em matéria de sua competência;

VII — Emitir pareceres a respeito de questões relativas ao patrimônio imobiliário do Estado;

VIII — Promover ações discriminatórias de terras devolutas do Estado e de legitimação de posse, bem como manifestar-se nos processos decorrentes da legislação florestal.

CAPÍTULO IV
Das Procuradorias Regionais

SEÇÃO I
Da Localização

Art. 12 — As Procuradorias Regionais, como órgãos da estrutura básica da Procuradoria Geral do Estado, têm as seguintes áreas de atuação:

1.^a PROCURADORIA REGIONAL —
Sede: Corumbá, abrangendo a comarca da sede, bem como a de Miranda;

2.^a PROCURADORIA REGIONAL —
Sede: Dourados, compreendendo a comarca da sede, bem como as de Rio Brillante, Fátima do Sul, Glória de Dourados, Maracaju e Caarapó;

3.^a PROCURADORIA REGIONAL —
Sede: Três Lagoas, compreendendo a comarca da sede;

4.^a PROCURADORIA REGIONAL —
Sede: Coxim, compreendendo a comarca da sede, bem como as de Rio Verde de Mato Grosso, Camapuã e Pedro Gomes;

5.^a PROCURADORIA REGIONAL —
Sede: Ponta Porã, compreendendo a comarca da sede, bem como as de Amambai, Bela Vista, Porto Murtinho e Eldorado;

6.^a PROCURADORIA REGIONAL —
Sede: Paranaíba, compreendendo a comarca da sede, bem como as de Aparecida do Tabuado e Cassilândia;

7.^a PROCURADORIA REGIONAL —
Sede: Nova Andradina, compreendendo a comarca da sede, bem como as de Ivinhema, Bataguaju e Naviraí.

SEÇÃO II
Da Estrutura e Competência

Art. 13 — As Procuradorias Regionais são chefiadas cada qual por um

Procurador Regional, nomeado pelo Governador do Estado, diretamente subordinado ao Procurador Geral do Estado.

Art. 14 — Compete às Procuradorias Regionais cumprir todas as determinações da Procuradoria Geral do Estado, exercendo as atribuições que lhes forem conferidas por ato do Procurador Geral do Estado;

Art. 15 — Os Procuradores Regionais são obrigados a apresentar relatório de suas atividades, mensalmente, ao Procurador Geral do Estado.

Parágrafo único — A elaboração periódica desses relatórios não exclui a obrigação de os Procuradores Regionais fornecerem dados e informações solicitados pela Procuradoria Geral do Estado, em qualquer época em que se tornarem necessários.

Art. 16 — Os Procuradores Regionais poderão propor ao Procurador Geral do Estado a contratação, na forma do inciso III, do art. 15, e seu parágrafo único, do Decreto n.º 65, de 04 de janeiro de 1979, de Advogados para promoção da cobrança da dívida ativa do Estado, nas comarcas situadas fora da sede das respectivas Procuradorias Regionais, desde que demonstrada a necessidade de tal providência.

Art. 17 — Fica vedado aos Procuradores Regionais o atendimento de consultas e emissão de pareceres em matéria de competência da Procuradoria Geral do Estado, por solicitação dos órgãos da Administração Pública Direta ou Indireta do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, salvo determinação específica do Procurador Geral do Estado.

Art. 18 — Não poderão os Procuradores Regionais transigir, confessar,

desistir, firmar acordos e compromissos, ou deixar de usar dos recursos ordinários, salvo quando expressamente autorizados pelo Procurador Geral do Estado.

Art. 19 — As Procuradorias Regionais ficam sujeitas à orientação técnica e jurídica expedida pelas Procuradorias Especializadas da Procuradoria Geral do Estado, com visto do Procurador Geral do Estado.

CAPÍTULO V

Dos Órgãos de Apoio Técnico-Administrativo e Financeiro

SEÇÃO I

Da Secretaria

Art. 20 — Compete à Secretaria a direção dos serviços, orientação, fiscalização e execução dos serviços burocráticos, de pessoal, orçamentário e de administração geral da Procuradoria Geral do Estado.

SEÇÃO II

Da Divisão de Apoio Jurídico

Art. 21 — Compete à Divisão de Apoio Jurídico:

I — Tratar de pesquisas bibliográficas, da documentação e do arquivo, da organização e direção da biblioteca, da publicação de índices e monografias de interesse do Estado;

II — Organizar e atualizar, em súmula, o repertório de teses e pareceres consagrados pela jurisprudência administrativa predominante na Procuradoria Geral do Estado.

SEÇÃO III
Da Divisão de Administração
e Finanças

Art. 22 — Compete à Divisão de Administração e Finanças, observadas as normas gerais fixadas para os sistemas estaduais de Planejamento, Finanças e Administração, prestar apoio aos órgãos da Procuradoria Geral do Estado em matéria administrativa, orçamentária e financeira.

TÍTULO IV
Dos Dirigentes

Art. 23 — A Procuradoria Geral do Estado é dirigida pelo Procurador Geral do Estado, auxiliado pelo Procurador Geral Adjunto, e os órgãos componentes da sua estrutura básica serão dirigidos:

I — O Gabinete, pelo Procurador Geral Adjunto;

II — A Procuradoria de Assuntos Tributários, por Procurador de Assuntos Tributários;

III — A Procuradoria de Assuntos do Pessoal, por Procurador de Assuntos do Pessoal;

IV — A Procuradoira de Assuntos Administrativos, por Procurador de Assuntos Administrativos;

V — A Procuradoria Judicial, por Procurador Judicial;

VI — As Procuradorias Regionais, por Procuradores Regionais;

VII — A Secretaria, por Chefe de Secretaria;

VIII — As Divisões, por Chefes de Divisões.

TÍTULO V
Dos Assessores

Art. 24 — Os assessores da Procuradoria Geral do Estado têm como atribuição prestar a assessoria técnico-jurídica que lhe for cometida pelo Procurador Geral, observadas as instruções que dele receber.

Parágrafo Único — Os assessores serão escolhidos entre advogados de reconhecidos méritos e experiência no âmbito da Ciência Jurídica.

TÍTULO VI
Das Substituições

Art. 25 — Serão substituídos, em suas faltas ou impedimentos:

I — O Procurador Geral do Estado, pelo Procurador Geral Adjunto;

II — O Procurador Geral Adjunto, por um dos Procuradores do Estado designado pelo Procurador Geral do Estado;

III — O Chefe da Secretaria, pelo Chefe da Divisão de Administração e Finanças;

IV — O Chefe da Divisão de Administração e Finanças, por servidor, por ele designado;

V — O Chefe da Divisão de Apoio Jurídico, por servidor, por ele designado;

TÍTULO VII
Das Disposições Gerais e Finais

Art. 26 — No processo em curso nas comarcas do interior, nas quais não

haja Procurador do Estado em exercício, a representação do Estado é atribuída ao Ministério Público, ressalvada a possibilidade de designação de Advogado pelo Procurador Geral.

Art. 27 — Para a prestação de serviços de natureza jurídica poderão ser contratados advogados, se necessário, sempre em casos específicos, mediante prévia combinação de honorários, aprovada pelo Governador do Estado.

Art. 28 — Visando a perfeita coordenação e entrosamento de todos os seus órgãos, realizará o Procurador Geral, periodicamente, reuniões, com a participação dos servidores a que for pertinente a matéria ou assunto a ser tratado.

Art. 29 — É vedado a qualquer órgão adotar conclusões de parecer divergente do proferido pela Procuradoria Geral do Estado, cabendo, porém, ser solicitado o reexame da matéria, com a indicação das causas da divergência.

Art. 30 — Terão prioridade absoluta em sua tramitação os processos refe-

rentes a pedidos de informação e diligência formulados pela Procuradoria Geral do Estado.

Art. 31 — Os serviços de consultoria serão prestados através das Procuradorias Especializadas da sede da Procuradoria Geral, sempre que a matéria tiver especial relevância, estiver “sub judice”, refletir-se no âmbito de mais de uma Secretaria de Estado ou se relacionar com questão judicial pendente. Nos demais casos, a consultoria será prestada de forma descentralizada por assessores indicados pelos Secretários de Estado.

Art. 32 — A citação do Estado será feita na pessoa de seu Procurador Geral ou, em sua falta, na do Procurador Geral Adjunto.

Art. 33 — Os casos omissos neste Regimento serão solucionados pelo Procurador Geral do Estado.

(Diário Oficial de Mato Grosso do Sul, n.º 94, de 17 de maio de 1979, página 1)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
DOCTRINA	9
Responsabilidade Extra Contratual do Estado por Comportamentos	
Administrativos — Celso Antônio Bandeira de Mello	11
A Federação Brasileira — Michel Temer	27
Servidões Administrativas — Adilson Abreu Dallari	45
Responsabilidade Civil pelo Dano Ecológico — Sérgio Ferraz	59
A Licitação nas Entidades Paraestatais — Hely Lopes Meirelles ..	71
Norma Geral de Direito Tributário Pode Criar Tributo? — Claudio-	
nor M. A. Duarte	79
O 13.º Salário Para os Funcionários Públicos Estaduais — Evandro	
Ferreira de Viana Bandeira	83
Cumulação de Cargos Eletivos de Vice-Prefeito e Deputado Estadual	
— Athayde Nery de Freitas	87
Incompatibilidade de Dois Cargos Eletivos e Declaração da Extinção	
de um Deles, Por Ter o Titular Tomado Posse do Outro —	
Pontes de Miranda	97
PARECERES	103
Situação Funcional — Estabilidade	105
Exoneração de Cargo em Comissão	107
Pagamento de Gratificação	109
Intervenção no Município de Jardim — MS	111
Tribunal de Contas — Aposentadoria — Lei Complementar n.º 31/77	114
Função de Diretor — Retorno a Cargo Anterior	116
Aditamento de Contrato Administrativo	120
Dispensa de Licitação	123
Licitação na Administração Indireta	126
	211

Aquisição sem Licitação de Equipamento Permanente por Empresa Pública	128
Licitação nas Fundações	130
Doação de Bens Públicos	134
Farmácia — Licenciamento — Responsabilidade Técnica de Prático	136
Aquisição de Equipamento a Empresa ou Representante Comercial Exclusivo	139
Pedido de Gratificação Adicional por Tempo de Serviço	141
Esclarecimento Sobre a Aplicação do Decreto-Lei N.º 108, de 7/6/78	143
Reintegração em Cargo Público	147
Aprovação de Minuta de Contrato	149
Anulação de Ato Ilegal — Restituição de Pagamento	150
Estabilidade no Serviço Público Estadual	153
Sindicância Administrativa	155
Considerações sobre a Criação da Loteria do Estado de Mato Grosso do Sul	157
Adicional por Tempo de Serviço	159
Pertinência da Cobrança de Laudêmio Quanto a Imóvel Aforado	161
Processo Administrativo	162
Licença Especial	164
Empresa Pública — Registro de Marca	166
Gratificação	169
Projeto de Lei — Veto	171
Consulta Sobre Dispensa de Licitação	173
Intervenção do Estado em Município	175
LEGISLAÇÃO	179
Decreto-Lei N.º 1, de 1.º de janeiro de 1979	181
Decreto-Lei N.º 11, de 1.º de janeiro de 1979	182
Decreto-Lei N.º 25, de 1.º de janeiro de 1979	185
Decreto N.º 65, de 4 de janeiro de 1979	188
Lei Complementar N.º 31, de 11 de outubro de 1977	191
Resolução PGE — N.º 1 — de 1.º de março de 1979	200
Resolução PGE — N.º 3 — de 25 de abril de 1979	202