

**REVISTA DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO**

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE
MATO GROSSO DO SUL**

N.º 2 — 1980 — Campo Grande — MS

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

JORGE ANTONIO 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

Capa de:
LUZ E SILVA

MATO GROSSO DO SUL

PODER EXECUTIVO

GOVERNADOR
Pedro Pedrossian

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADOR GERAL
Carlos Stephanini

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

PROCURADOR DO ESTADO

Ricardo Nascimento de Araújo

ASSESSOR I: Estevão de Barros Bacchi

ASSESSOR II: Laerte Galli

CONSULTOR JURÍDICO CONTRATADO: Leonardo Nunes da Cunha

SECRETARIA

Chefe: Osmir Pelzl

DIVISÃO DE APOIO JURÍDICO

Chefe: Maria Emília Martins de Quevedo

DIVISÃO DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS

Chefe: Zoel Alves de Abreu

Apresentação

Longe de constituir simples etapa da natural periodicidade a que está fadada uma publicação anual, o lançamento deste segundo número da "Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul" vem a lume coroadado pelo estímulo das generosas palavras e dos encômios que os leitores nos endereçaram de todos os pontos deste nosso imenso Brasil.

Sabemos que, na arte e na ciência, a perfeição é inatingível e a sua busca, uma constante e inquietante tarefa, uma escalada em que novos horizontes se abrem e novos mistérios se desvendam.

Sabemos que, nesse afã de construir e renovar, não há guarida para a vitória fácil, escassa de méritos e de emoções, mas sim para a conquista árdua, naturalmente passível de erros e imperfeições.

Muito do que conseguimos fazer até agora, devemos ao valioso apoio dos renomados mestres da ciência jurídica nacional que, com seus substanciosos trabalhos, enriqueceram sobremodo a nossa edição inaugural e continuam a nos prestigiar com novas colaborações.

Nessa cruzada cultural, em que se mesclam valores nacionais e regionais, vamos lutando, com todo o entusiasmo, para que Mato Grosso do Sul se afirme, não somente como expressão econômica e social, mas também como realidade cultural, sem a qual nenhum progresso é possível, nenhuma independência sustentável e nenhum sentido de vida palpável, lembrando aqui as palavras de André Malraux: "A cultura é a honra da Humanidade".

CARLOS STEPHANINI
Procurador Geral do Estado

DOCTRINA

RESPONSABILIDAD PÚBLICA: PRESUPUESTO DEL DERECHO SUBJETIVO

JOSÉ ROBERTO DROMI
Profesor de las Universidades de Mendoza y
Santo Tomás de Aquino Católica de Tucumán
— Argentina

I — INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico arbitra una serie de técnicas procesales para la tutela de las libertades públicas. Tales *libertades*, de contenido político, se traducen jurídicamente en *derechos subjetivos*. El presupuesto subyacente de la comunidad política está dado, precisamente, por esa relación dialógica “poder” y “obediencia”, siendo de aquel las “prerrogativas” y de esta “las garantías”, como dos extremos de la relación en los que se ubican, Estado e individuo, respectivamente.

En esa gama de alternativas del obrar estatal y particular se mueve el “control” con sus diversas tipologías e intensidades.

Nos proponemos estudiar la tríada “*personalidad-situación-protección*” que configura todo el aparato jurídico formal-relacional entre administración y administrado. Ambos son “*sujetos*” dotados de personalidad, que ostentan una *situación subjetiva* en la relación jurídica. Titularizan, en su caso, *técnicas procesales* para la tutela, precisamente, de sus “derechos”, llamados “*competencias*” cuando el titular es el Estado, y llamados “*libertades*” cuando el titular es el individuo¹.

1. Para que el “Estado de Derecho”, como modelo jurídico, y la “república”, como modelo político, salgan airosos se necesita que los individuos conozcan los

Toda esta construcción tiene como punto de partida el presupuesto indubitable de la *responsabilidad pública*, emanada de la propia Constitución formal, que a los "sujetos" de las relaciones públicas les confiere "*poderes*" y "*derechos*", como contrapartida de "*quehaceres y deberes*".

Ha crecido el poder. Debe crecer el control, como grado evolutivo del Estado de derecho. El derecho administrativo arbitra, junto a las prerrogativas de la autoridad, las garantías del administrado, la manera de controlar los actos de la primera y la forma de hacer efectiva su responsabilidad.

II — ESTADO Y DERECHO

La articulación de los sujetos de la relación pública, Estado e individuos, requiere una instrumentación jurídico-formal por la que "los derechos se ejercen" y "los deberes se cumplen". Ello genera una serie de regulaciones normativas (permisiones y prohibiciones) que se conocen con el nombre de "legalidad administrativa"; vale decir, el conjunto de reglas jurídicas (de legitimidad) y políticas (de oportunidad) a la que debe ajustarse el obrar público, pues aquella legalidad es conformadora y limitadora de la actuación pública, estatal o no.

La salvaguarda y sobrevivencia de esa *legalidad*, necesita un anticuerpo jurídico: *el control*. El poder jurídico de control obra como un "poder-deber", por la obligatoriedad que implica su ejercicio.

La "legalidad administrativa" (antecedente) y "el control" (consecuente) encuentran su raíz sustantiva en el "Estado de derecho", nacido con el constitucionalismo liberal democrático, que le asigna a la comunidad política una finalidad humanista². El Estado de derecho significa "sumisión a las leyes", pero especialmente a un particular modelo legislativo: "*las leyes de libertad*". Es decir, aquellas normas cuyo objeto es hacer posible el libre desenvolvimiento de los miembros del grupo social. La visión puramente formalista es insuficiente. El principio de legalidad "a solas" no dice nada³. Debe enmarcarse en una

medios de protección de los derechos de que disponen, y cuáles son sus alcances y limitaciones. No es suficiente la consagración constitucional de las "libertades públicas" para que su ejercicio esté garantizado; es indispensable la previsión procesal de medios jurídicos para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y proteger a sus titulares contra los agravios de terceros.

2. GEORGES BURDEAU, *Les libertés publiques*, Paris, L.G.D.J., 1972, págs. 103-108. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, 1972, págs. 16 y ss.
3. Además de las falencias del "formalismo puro", se observa el crecimiento de facultades del ejecutivo, que muestra un intervencionismo que pone en jaque el reinado de la ley: por una parte, con la práctica de las "*delegaciones legislativas*", y por la otra, con la "*transitoriedad de los gobiernos constitucionales*", al menos al estilo tradicional. Así, pues, el estado de derecho no es forzosamente sinónimo de "legalidad". Véase PABLO LUCAS VERDU, *La lucha por el Estado de derecho*, Bolonia, Studia Albornotiana, núm. XX, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, págs. 30-31. Por ello señala el paso del *Rule of Law* al *Welfare State* (Estado social de derecho).

orientación filosófico-política; es más: está enraizado siempre, como toda cuestión jurídica, en una cuestión política.

Esa orientación político-finalista es la que permite distinguir lo "verdadero" de lo "falso", lo "bueno" de lo "malo", pues la axiología cataloga una graduación de valores que define la rectitud o no del obrar.

Solo es verdadero Estado de derecho el que lo es en sentido material e incluye el sistema de garantías y la *finalidad personalista*. Se aspira al Estado de justicia. Con un enfoque formalista constituyen "Estado de derecho", las tiranías, el nazismo, el fascismo, el marxismo, pues nada impide adjetivar la legalidad según circunstancias "socialista", "liberal", etc.⁴.

El imperio del derecho — *rule of law* — supone la conformidad del orden jurídico con el escalonamiento normativo formal y con valores sustanciales, metajurídicos, sin cuyo respeto integral no existe Estado ni derecho⁵. El sentido de la consagración constitucional de las libertades públicas importa: a) imperatividad directa de las libertades; b) "*numerus apertus*" de los derechos humanos⁶.

Esos valores suprajurídicos, "políticos" de una comunidad política, están exteriorizados en el preámbulo de la Constitución. "Carta de presentación" del texto dispositivo, que fija la "axiología política" a través del poder constituyente originario y auténtico, al darse la norma constitucional arquitectónica o modeladora de la comunidad⁷. El techo ideológico político y la ideología constitucional humanista tutelan el principio "*el hombre libre es esclavo de la ley*".

4. En todo Estado se preconiza el imperio de la ley, pero esta solo lo es, sustancialmente, en cuanto se dirige a la seguridad jurídica de situaciones subjetivas intangibles, derechos adquiridos como límite de la acción del Estado. La idea "normocrática" no agota ni al Derecho ni al Estado. La ley es apenas un derecho institucionalizado, detenido en la forma, pero no todo el Derecho. Véanse LUIS CARLOS SÁCHICA, *Constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1974, págs. 64 y ss.; JULIO PRAT, *Derecho administrativo*, t. I, Montevideo, Edit. Acalí, 197, págs. 58, 69 y ss.; ALLAN BREWER CARIAS, *Derecho administrativo*, t. I, Caracas, Publicaciones de la Facultad de Derecho, U.C.V., 1975, págs. 21 y ss. PABLO LUCAS VERDU, *La lucha por el Estado de derecho*, cit., págs. 147 y ss. Habla de "el otro Estado de derecho: el principio de legalidad socialista". Véase un estudio específico de la llamada *legalidad socialista*, en N. G. ALEXANDROV, *Teoría del Estado y del derecho*, trad. de A. Fierro, México, Edit. Grijalbo, 1962, cap. IX, págs. 212 y ss.
5. Cfr. y ampliar ALBERTO RAMÓN REAL, *Estado de derecho y humanismo personalista*, Montevideo, 1974; *Principio de legalidad y validez del acto administrativo en el Estado de derecho*, en "Revista Uruguaya de Estudios Administrativos", Montevideo, 1978, año II, núm. 2, págs. 59 y ss.
6. Las constituciones contienen, generalmente, una declaración supletoria respecto de los derechos "*no enumerados*", "*omitidos*", "*implícitos*", pero no implica una negación de su existencia. Por ejemplo, Constitución Argentina, art. 33; de Venezuela, art. 50. Véanse HÉCTOR FIX ZAMUDIO, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", vol. IX, núm. 2, Ginebra, diciembre 1968, pág. 74; CESAR ENRIQUE ROMERO, *Introducción al derecho constitucional*, Buenos Aires, Edit. Zavalia, 1973, págs. 28 y ss.
7. Por ejemplo, "constituir la unión nacional", "afianzar la justicia", "consolidar la paz interior", "proveer a la defensa común", "promover el bienestar general", etc., constituyen valores políticos esenciales. Causa eficiente y final del

En síntese: la juridicidad plena (sustantiva y formal; axiológica y procesal) exige e impone que el obrar de los sujetos públicos se opere en vista de esos fines, resguardando “derechos y libertades” de los que mandan y de los que obedecen⁸.

La sobrevivencia de los “sujetos”, Estado e individuo, requiere reglas claras y precisas de juego, sobre la base del respeto mutuo y recíproco de los “derechos” (llamados “competencias” y “libertades”, según el caso). Para ese fin, se imponen medios indubitables como la responsabilidad pública.

La *seguridad jurídica* es el fundamento de la *vinculación* de los entes públicos al derecho, es la *razón de ser del poder de todo el Estado*. Esta seguridad se frustraría si el propio Estado pudiera liberarse de su vinculación a las leyes⁹.

III — EL ESTADO: SUJETO DE DERECHO

Conformada la realidad estatal como una unidad compuesta de población, territorio, orden, poder y fin, es evidente e innegable su calidad de *sujeto con personalidad política y jurídica*, con realidad *accidental* por sobre la realidad sustancial *individual*. El Estado, en ejercicio de su poder, crea el ordenamiento jurídico positivo y establece un orden normativo que otorga al ser político estatal, el carácter de persona jurídica. Ella actúa y se desenvuelve en el orden existencial *por medio de una estructura de órganos*, desempeñados por personas físicas (agentes), cuyos actos se imputan y atribuyen al Estado (persona pública mayor) o a sus entes descentralizados —entes autárquicos, empresas del Estado y sociedades del Estado— (personas públicas menores).

La personalidad jurídica del Estado surge directamente del *ordenamiento constitucional*; así pues, la Constitución habla de “Nación” o “República” y de

Estado. Si estos valores se cumplen, la justificación ética estará salvada. Solo resta sumar a ella la legitimación política del modo de ejercicio del poder, conforme a la normativa constitucional reglamentaria del mismo. Véase CÉSAR ENRIQUE ROMERO, *Legitimación democrática del poder*, en “Revista del Instituto de Ciencias Sociales”, Barcelona, 1968-1969, núms. 12-13.

8. Ellos constituyen los “límites del poder”, tanto del poder de los que mandan (autoridad) como del poder de los que obedecen (libertad). La autoridad sin límites es muerte de la libertad. La libertad sin límites es muerte de la autoridad y de la propia libertad. Es allí, precisamente, donde se manifiesta la función del derecho, para fijar con razonabilidad y prudencia las riberas de ese río eterno llamado “poder”. JOSÉ ROBERTO DROMI, *Responsabilidad pública y participación municipal*, en diario “Mendoza”, Mendoza, 13-7-79. No creemos feliz la síntesis racionalista de KELSEN. Es un puro esfuerzo de abstracción, que lo conduce a una impura conclusión entre “materia” y “forma”, como si la dimensión trialista (valor, realidad y norma) no fuera ya suficiente para demostrar que “Estado no es igual a derecho”.
9. GUSTAVO RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, 4.ª ed., Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1933, págs. 237-245. GASCÓN HERNÁNDEZ, *Los fines de la administración*, en “R.A.P.”, Madrid, 1953, núm. 11, págs. 33-38.

sua calidad de parte como sujeto procesal. Además, en el *orden inflaconstitucional o legal* se concreta tal personalidad jurídica en el *Código Civil* y en el *derecho procesal*, que estatuyen la demandabilidad y responsabilidad estatal.

El reconocimiento de la personalidad jurídica estatal, desde un punto de vista técnico, permite las acciones por responsabilidad contractual y extracontractual contra el *Estado* y su consecuente deber reparatorio con bienes propios, respecto de los actos y hechos estatales emitidos por su órganos en ejercicio de las funciones del poder. El deber de resarcimiento gravita sobre el Estado, como sobre cualquier otro sujeto jurídico, como una exigencia del sometimiento de los poderes públicos al imperio del derecho.

IV — PERSONALIDAD Y RESPONSABILIDAD

La responsabilidad del Estado es, en suma, una consecuencia jurídica obligada de su personalidad propia. Los actos que se le atribuyen son aquellos que realizan los llamados órganos individuos (agentes del Estado), que expresan su voluntad como voluntad estatal. Tales órganos integran la estructura de la persona, formando parte de ella, pues el órgano vale tanto como el *instrumento mediante el cual se desenvuelve el sujeto de derecho.* La incorporación orgánica subjetiva (persona física) al cargo (órgano jurídico institucional) se efectúa por alguno de los títulos jurídicos (elección, designación, ley de sucesión, etc.) que generan la relación de empleo público. Esa conjunción orgánica pone en movimiento al aparato estatal como sujeto, y en tal carácter, como titular de derechos y deberes *se exige, consecuentemente, un sistema de responsabilidad* (casos, tipos, fundamento, alcance y procedimiento o vías procesales de responsabilidad).

Por ello, podemos afirmar que la *capacidad jurídica* no consiste solo en la autonomía del querer o en la libertad, sino que, además de la libertad, supone también el sentido de la *responsabilidad*, y "es responsable quien puede replegarse sobre sí y tomar posesión de sí mismo y de sus actos. Es responsable quien puede, requerido por el bien, disponer de sí mismo"¹⁰.

10. Cfr. y ampliar LOUIS LACHANCE, *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, trad. de Fernando N. A. Cuevillas, Buenos Aires, 1953, cap. I, y en la inmortal obra de RAYMOND SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Paris, Edit. Arthur Rousseau, 1922. Véase JOSÉ ROBERTO DROMI, *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1973, cap. V, 53-71; y *Responsabilidad del Estado*, en "J. A.", *Doctrina*, Buenos Aires, 1970, págs. 46 y ss.

En el derecho argentino, cfr. arts. 1, 5, 10, 14, 15, 17, 18, 20, 31, 35, 74, 94 y 100 de la Constitución Nacional; arts. 33, 2339-2340, 2502 y 2611 del Código Civil, y las leyes procesales de derecho público núms. 3952, 11634, 19549, 21686, 21868.

La responsabilidad del Estado tiene lugar toda vez que una persona sufra un daño —material o moral— causado directamente por agentes estatales¹¹. Al Estado se le imputan los daños y perjuicios ocasionados por sus órganos individuos. No existen normas jurídicas específicas que determinen cuáles son las condiciones legales para que acontezca esa responsabilidad. En algunos casos, se exige que la conducta dañosa sea *culpable (responsabilidad subjetiva)*, y en otros, se prescinde de tal dato subjetivo (*responsabilidad objetiva*). En algunos supuestos, el daño debe ser físico y apreciable en dinero (*responsabilidad material*), mientras que en otros es indemnizable el daño moral (*responsabilidad moral*). La lesión de intereses jurídico-patrimoniales o extrapatrimoniales obliga al resarcimiento. El daño moral es resarcible ampliamente.

El problema de los bienes que pueden ser lesionados solo se obvia con una fórmula constitucional amplia de la "propiedad". De lo contrario, la operatividad práctica del resarcimiento no pasa de ser una ilusión proclamada pero jamás realizada. La responsabilidad debe cubrir *cualquier tipo de bienes o derechos*. La extensión y el contenido amplio de la responsabilidad extracontractual del Estado, se conecta con el moderno Estado social de derecho, que arbitra técnicas de garantías para todos los derechos. Pues, a veces, el alcance de la indemnización es la negación de la responsabilidad primigeniamente reconocida.

A medida que la intervención estatal se amplía y la administración se desarrolla, la teoría de la responsabilidad tiene que aumentar su espectro asegurador, para mantener un razonable equilibrio de poderes reales entre Estado y administrados.

En buen principio, el Estado debe ser responsable en forma solidaria con los titulares de sus órganos, funcionarios o agentes, por las acciones y omisiones habidas en el ejercicio de sus funciones y a consecuencia de ese ejercicio, si resulta violación de los derechos, libertades y garantías, o perjuicios para otros¹².

11. MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973, pág. 690. "Es comprensible que el Estado llegue a lesionar a los administrados o particulares, sea en sus derechos patrimoniales o no patrimoniales".

PAUL DÜEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1938, págs. 9 y ss. Afirma que "la responsabilidad del poder público es hija del tiempo de las ideas intervencionistas".

MAURICE HAURIQU, *Précis de droit administratif*, 12.^a éd., Paris, 1933, págs. 31 y 505, dice: "que la administración haga, pero que indemnice... que haga, pero que obedezca a la ley... que haga, pero que pague el perjuicio". ELIAS P. GUASTAVINO, *Derecho subjetivo e interés legítimo en materia civil*, en "Rec. JUS", La Plata, Edit. Platense, 1973, núm. 22, págs. 40-66.

12. Cfr. y ampliar LUIS MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la administración en la jurisprudencia*, Madrid, Edit. Civitas, 1977, págs. 90-94. Véase art. 21 de la Constitución de Portugal del 25-4-1976.

VI — DERECHO APLICABLE

Por de pronto no son aplicables en materia de responsabilidad del Estado, principios del derecho civil. El derecho público ha elaborado una serie de reglas específicas para regular dicha responsabilidad. Se la llama, todavía, “*responsabilidad civil*” del Estado. Pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica “responsabilidad” del derecho privado, no es tampoco “civil” en el sentido de regirse por las normas de dicho Código. Estas normas son invocadas, pero con una constante modificación en atención a los principios del derecho público, lo que hace ya inexacto hablar, en rigor, de “responsabilidad civil”. A lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria. Esto es, en una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal¹³.

Hay otros tipos de responsabilidad estatal; entre ellos, el que deriva de la sentencia judicial anulatoria de los actos administrativos, constituyéndose en otra especie de la responsabilidad jurídica del Estado¹⁴.

De todas maneras, es recomendable una normación expresa que establezca un sistema integral de la responsabilidad pública.

VII — FUENTE CONSTITUCIONAL Y LEGAL

La razón jurídica de la responsabilidad del Estado se encuentra en la ley fundamental, sin perjuicio de que también expresamente la consagren algunas leyes especiales. Esto es, que en nuestro Estado de Derecho esta verdadera garantía tiene raíz constitucional e infraconstitucional o legal¹⁵.

13. AGUSTIN A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Macchi, 1975, cap. XX, pág. 5. Cfr. Código Civil Argentino, arts. 522 y 1078. JULIO PRAT, *Derecho administrativo*, t. IV, vol. 2, Montevideo Edit. Acalí págs. 9 y ss.
14. La responsabilidad jurídica del Estado es, como consecuencia de la personalidad, el equivalente de la responsabilidad jurídica de los administrados (civil, penal, administrativa, fiscal, aduanera, laboral). No podría concebirse tal desequilibrio en la relación administrativa en el que un sujeto de la relación sea irresponsable (administración) y el otro responsable (administrados). pues aquella es un imperativo de la construcción normativo-jurídica de nuestro sistema político constitucional. Cfr. y ampliar LORENZO MARTIN RE-TORTILLO, *Responsabilidad patrimonial de la administración y jurisdicción*, en “R.A.P.”, Madrid, 1963, núm. 42, págs. 169-214. CLAUDE ALBERT COLLIARD, *Libertés publiques*, París, Dalloz, 1975, págs. 258 y ss.
15. La irresponsabilidad del Estado aparecía antes como un corolario de la soberanía implicando esta última su infalibilidad por esencia y su impunidad por consecuencia. Véase JUAN JACOBO ROUSSEAU, *El contrato social*, Buenos

La Constitución Argentina no contempla norma expresa que declare la responsabilidad del Estado, pero implícitamente la reconoce al consagrar la "igualdad ante la ley" (art. 6), la "inviolabilidad de la propiedad" (art. 17) y la "demandabilidad del Estado nacional" y condición de "parte procesal" sin ninguna clase de prerrogativas (art. 100)¹⁶.

El principio de la responsabilidad estatal es inherente al Estado de derecho. Las normas constitucionales suelen consagrar, consecuentemente, la responsabilidad política, penal y disciplinaria de agentes y órganos públicos. Si bien es verdad que en la Constitución Argentina no hay un artículo que estatuya la responsabilidad reparatoria por el daño ocasionado, hay presupuestos fundamentales que consagran la reparación de los derechos ofendidos. Toda responsabilidad reparatoria se funda sobre la *ofensa a los derechos adquiridos y reconocidos*¹⁷.

El fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado lo proporciona la Constitución¹⁸, toda vez que la actividad de alguno de sus órganos cause un *perjuicio* especial a un habitante de la Nación, en violación a los derechos naturales que la misma Constitución consagra y reconoce.

Algunas *Constituciones provinciales antiguas* (por ejemplo, la Constitución de Córdoba en sus arts. 30 y 33) establecen un *principio genérico* de la responsabilidad de las autoridades, pero no consagran la responsabilidad directa del Estado. En cambio, otras *Constituciones provinciales modernas* (como las del Chaco, art. 72; Formosa, art. 23; Misiones, art. 80; Neuquén, art. 254; Río

Aires, Edit. Aguilar, 1960, cap. II, "¿Puede errar la voluntad general?", págs. 82-84.

Con buen criterio, la responsabilidad del Estado ha sido calificada como *ultima ratio* del Estado de Derecho. Véase a RAFAEL ENTRENA CUESTA, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Edit. Tecnos, 1965, pág. 673; y a ERNEST FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pág. 419.

La impunidad por los daños causados a los administrados ya no es un precepto de la vida social, como lo han entendido alguns criterios autocráticos.

16. RAFAEL BIELSA, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, Edit. La Ley, 1966, págs. 1 y ss.; *Responsabilidad del Estado en el derecho actual*, en "Contribución al examen de algunas instituciones jurídicas", Buenos Aires, 1933, pág. 61. Con criterio que no compartimos, *condiciona la responsabilidad del Estado a la existencia de una ley formal expresa que la reconozca*. Siguen el criterio de BIELSA: PEDRO GUILLERMO ALTAMIRA, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Córdoba, 1942, pág. 112; CARLOS MARÍA SAENZ, *Responsabilidad de los funcionarios y responsabilidad del Estado*, Santa Fe, imprenta de la Universidad, 1954, págs. 149-151; ANTONIO CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual, Hechos y actos ilícitos*, t. II, Buenos Aires, 1957, págs. 794-795.

Los autores citados sostienen que se necesita una ley general que establezca la responsabilidad y que no puede suplirse con sucedáneos ni principios analógicos.

17. BARTOLOMÉ A. FIORINI, *Manual de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Edit. La Ley, 1968, pág. 1098.
18. MANUEL MARÍA DIEZ, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, Edit. Plus Ultra, 1965, pág. 55; JULIO ALTAMIRA GIGENA, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1973, pág. 89.

Negro, art. 23) estatuyen en forma clara y precisa la responsabilidad del Estado. En tal sentido, el derecho público provincial ha seguido la orientación del constitucionalismo moderno¹⁹. Así también establecen *expresamente* la responsabilidad del Estado, las constituciones de Alemania (1919, art. 131), Uruguay (1952, art. 24)²⁰, Austria (1920, art. 23; 1934, art. 14), Rumania (1923, art. 99), Checoslovaquia (1918, arts. 92 y 104), Yugoslavia (1921, art. 18; 1946, art. 41), Italia (1947, art. 28) y Brasil (1969, art. 107)²¹. Como podemos apreciar, no en todas las constituciones aparece de igual manera reconocido el principio de la responsabilidad estatal. De ahí que en algunas de ellas dicho principio es tratado en forma general, como sucede con la Constitución mejicana²².

De todos modos, los tribunales no tienen necesidad de recurrir al Código Civil buscando llenar vacíos dejados por la legislación, cuando la ley fundamental enfáticamente declara la responsabilidad estatal a la luz de los siguientes principios: 1) respeto del derecho a la vida e integridad física; 2) respeto a los derechos adquiridos y de propiedad; 3) expropiación por utilidad pública; 4)

19. Cfr. y ampliar ALBERTO DOMÍNGUEZ, *El problema de la responsabilidad del Estado, Análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte Nacional*, en "Anuario del Instituto de Derecho Público", t. VIII, Rosario, 1948; y separata, Rosario, 1949, págs. 21-28.
20. Los arts. 24 y 25 de la Constitución uruguaya de 1953, disponen:
"Art. 24.—El Estado, los gobiernos departamentales, los entes autónomos, los servicios descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección".
"Art. 25.—Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación" (J. A. PRAT, ob. cit., t. IV, vol. II, pág. 59).
21. En su art. 107, la Constitución del Brasil de 1969 se refiere igualmente a la responsabilidad del Estado, al expresar que: "Las personas jurídicas del derecho público responderán por los daños que sus funcionarios, en calidad de tales, causaren a terceros. Cabrá acción represiva contra los funcionarios responsables en los casos de culpa o dolo". (CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *A responsabilidade do Estado*, en "Revista Uruguaya de Estudios Administrativos", Montevideo, Edit. Acali, 1978, año II, núm. 1, págs. 7 y ss.) El art. 28 de la Constitución de Italia dice: "Los funcionarios y agentes del Estado y otros entes públicos serán directamente responsables de los actos realizados con lesión de derechos. En tales casos, la responsabilidad civil se extiende al Estado y demás entes públicos". Véase a VIGNOCCHI, *La responsabilità de la puissance publique en droit italien*. Luxemburgo, Université Internationale de Sciences Comparées, 1963, págs. 42 y ss.; y a RENATO ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1964, págs. 58 y ss.
22. Así, el art. 108 establece que los altos funcionarios "son responsables por los delitos comunes que cometan durante el tiempo de su encargo y por los delitos, faltas u omisiones en que incurran en el ejercicio de ese mismo cargo". Para detalles más amplios, véase FELIPE TENA RAMÍREZ, *Derecho constitucional mexicano*, México, Edit. Porrúa, 1977, págs. 583 y ss.

igualdad ante las cargas públicas; 5) afianzamiento de la justicia; 6) garantía a la libertad; y 7) demandabilidad judicial del Estado²³.

VIII — CRITERIOS JURIDICOS

Del ordenamiento constitucional pueden extraerse las siguientes premisas que sustentan la responsabilidad pública²⁴.

a) *El sacrificio especial y la igualdad ante las cargas públicas.* Las contribuciones exigidas a los habitantes deben ser equitativas y proporcionales. Si se impone un sacrificio especial, por acto legítimo o no, de cualquier órgano, a un particular, que implique daño material o empobrecimiento, el Estado debe indemnizar. Tal indemnización supone la generalización del sacrificio especial, a fin de restablecer la equidad o igualdad²⁵.

b) *El derecho de propiedad.* En la medida en que nadie puede ser privado de su propiedad sin ser indemnizado, se impone la responsabilidad estatal consecuente. Por lo tanto, toda vez que el Estado lesione ese derecho, debe indemnizar. El derecho de propiedad debe interpretarse en sentido amplio. Así la jurisprudencia argentina lo caracteriza: "... El término *propiedad*, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución nacional o en otras disposiciones de este estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad. Todo derecho, que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular tenga una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea contra el Estado mismo, integra el concepto constitucional de 'propiedad'". En consecuencia, este principio puede aplicarse a casi todos los supuestos de lesión de derechos individuales.

c) *Los derechos adquiridos.* Los derechos individuales constitucionalmente reconocidos, constituyen derechos adquiridos por los particulares en sus relaciones con el Estado. Por eso no puede desconocérselos sin indemnización, cuando se vulneran los límites reglamentarios.

23. MIGUEL MARIENHOFF, ob. cit., t. IV, pág. 701. "La responsabilidad estatal en el campo del derecho público, por sus actos o hechos dañosos es, pues, una consecuencia lógica del complejo de principios del Estado de derecho". Ver en la Constitución Argentina, arts. 15-16-17-18 y 100.

24. MARÍA GRACIELA REIRIZ, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, págs. 44 y ss.

25. OTTO MAYER, *Derecho administrativo alemán*, t. IV, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1954, pág. 217; RENÉ MARCQ, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1911, págs. 357 y ss.; CÁNDIDO EMILIO GARCÍA, *La doctrina del daño especial*, "R.A.D.A.", 1976, núm. 14, pág. 68.

26. C.S.N., 1925, P. E. BORDIEU, c/ Municipalidad de la Capital, "Fallos", t. 145, pág. 307; "J. A.", t. 18, pág. 818.

De esta manera, la propia Constitución brinda el fundamento jurídico para declarar la responsabilidad del Estado, toda vez que la actividad de *cualquiera de sus órganos* (de administración, legislación o jurisdicción) cause un perjuicio especial a un administrado, en violación de los derechos que la Constitución misma consagra. Esa responsabilidad existe, *sea que los agentes estatales actúen con culpa o sin ella y aunque nazca de un acto legítimo*, por cuando su antijuridicidad surgiría de su disidencia con la Constitución. Inclusive, si el acto legislativo constituye ejercicio legítimo de una facultad constitucional (ley que establezca un monopolio), dicho acto estatal puede ser legítimo y válido. Pero, siempre que lesione derechos adquiridos de los administrados y no meras expectativas, deberá indemnizarlos. De la misma manera, cuando el Estado expropia ejerce una facultad constitucional, pero debe indemnizar al propietario a quien se le expropia.

d) *La demandabilidad del Estado.* Las normas constitucionales presuponen la responsabilidad estatal, especialmente cuando aseguran la demandabilidad del Estado y la igualdad ante la ley. Ambos principios se extienden operativamente sin ninguna excepción. *El principio de la demandabilidad implica el de la responsabilidad*, como lógica consecuencia de la interpretación constitucional, y en salvaguarda de la supremacía constitucional.

En suma, tratándose de un Estado de derecho, la responsabilidad reparatoria se encuentra implícita y expresa en varias normas constitucionales. Todo ello porque la Constitución consagra una organización para *afianzar la justicia*. Es decir, darle a cada uno lo que le corresponde y reparar aquello que se sustrae o vulnera.

En igual sentido, FIORINI concluye: "El derecho reparatorio no nace por la simple existencia del daño, sino por la conexidad o la relación directa entre la actividad del Estado por cualquiera de sus órganos y el perjuicio que se ha producido. . . . La vieja fórmula civilista de que no hay indemnización si no existe culpabilidad, se transforma en el derecho administrativo, por la regla de que todo daño injustamente ocasionado por el Estado debe ser resarcido. El dato de injusticia proviene de la ruptura del respeto por el derecho individual²⁷.

No debemos descartar como fundamentos del derecho resarcitorio: *el enriquecimiento sin causa, la expropiación indirecta, la equidad y el abuso del derecho*. El deber resarcitorio estatal se manifiesta como la reparación obligada ante el daño ocasionado con carácter singular por los órganos del Estado, ya sea por sus agentes o sus hechos, actos legítimos o ilegítimos, y se extiende a cualquier daño provocado por dichos órganos, no produciéndose exclusivamente en las actividades administrativas²⁸.

27. FIORINI, ob. cit., t. II, págs. 1095-1133.

28. *Ibidem*, págs. 1115-16.

Tipológicamente, la responsabilidad del Estado puede ser: 1) *precontractual*²⁹, 2) *contractual* y 3) *extracontractual*³⁰: a) legislativa, b) judicial y c) administrativa.

El tipo que interesa especialmente es el de la responsabilidad *extracontractual*, es decir, aquella que surge de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado.

Esa responsabilidad *extracontractual* puede originarse en un acto o hecho de órgano legislativo, judicial o administrativo. De acuerdo con la división de las funciones estatales, no cualquier acto o hecho del órgano judicial o legislativo implica responsabilidad judicial o legislativa, respectivamente, sino que puede haber responsabilidad *administrativa* por actos o hechos de dichos órganos.

X — RESPONSABILIDAD “PÚBLICA” Y “ÚNICA”³¹

Estimamos que la “responsabilidad”, consecuencia obligada de la personalidad, refiriéndose al quehacer “público”, estatal o no, es siempre “única”, “pública” y con régimen propio. La responsabilidad se caracteriza por ser:

a) *Jurídica*. La responsabilidad, para el derecho, no puede ser adjetivada de “civil”, “laboral”, “penal”, “administrativa”, “comercial”, etc. Ella es siempre una, con un denominador común, dado por su raíz jurídica. En esto difiere de la responsabilidad “moral”, “social”, etc. No puede identificarse responsabilidad “jurídica” con responsabilidad “civil”, que traduce solo un enfoque limitado y parcial, meramente resarcitorio. Aun en la responsabilidad administrativa, tratándose de un contencioso de plena jurisdicción, puede obtenerse la “anulación” y la indemnización. Lo que no parece propio es, precisamente, que se confunda especie con género.

Decimos siempre “jurídica” porque el “sistema jurídico” de responsabilidad es uno solo, dado por la “infracción”, la “lesión”, la “imputación”, la “re-

29. ROBERTO H. BREBBIA, *Responsabilidad precontractual*, Rosario, Edit. Molachino, 1957, págs. 50-51 y 108; JOSE R. DROMI, *Licitación pública*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1975, págs. 520-522.

30. Véanse JAIRO LÓPEZ MORALES, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, en revista “Lex”, Bogotá, 1977; JOSÉ JOAQUÍN GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por actos licitos*, Coimbra, Lib. Almedina, 1974.

31. Para más detalles, véase a JOSÉ ROBERTO DROMI, *Derecho administrativo económico*, t. II, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1979, caps. XIX y XX, “Administración y responsabilidad”; y a JULIO PRAT, *Derecho administrativo*, ed. cit., t. IV, vol. 2.

paración” y la “sanción”; y no siempre son suficientes las previsiones jurídicas “privadas” o “civiles” para ello³².

b) *Constitucional*. La raíz sustantiva del deber reparatorio del Estado, “de cualquier lesión a cualquier bien”, está consagrada en la normativa constitucional, en tanto se siguen los lineamientos jurídico-políticos del Estado de derecho.

c) *Integral*. El daño o la lesión susceptible de reparación puede ser “físico o apreciable en dinero” (*responsabilidad material*) o también meramente subjetivo o espiritual — daño moral — (*responsabilidad moral*). La responsabilidad cubre cualquier tipo de *bienes o derechos*.

d) *Objetiva*. Se prescinde de que los daños se deriven de un comportamiento ilícito (por ejemplo, doloso o culposo), pues se admite la posible responsabilidad en el supuesto de daños derivados tanto de una conducta ilícita como del ejercicio legal de sus prerrogativas o potestades.

e) *Directa*. La responsabilidad del Estado es una consecuencia siempre “directa” de su obrar, pues el Estado no tiene “agentes”. Esto es, personas humanas que no sean *órganos suyos*. La actividad de los órganos públicos se imputa directamente al Estado.

32. Véase a HANS KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, U.N.A.M., 1969, págs. 75 y ss.

A PRÉVIA DECLARAÇÃO DE ZONA PRIORITÁRIA COMO PRESSUPOSTO CONSTITUCIONAL PARA A DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA

EVANDRO FERREIRA DE VIANNA BANDEIRA

Advogado

**Procurador Judicial do Estado
de Mato Grosso do Sul**

“A desapropriação é contemporânea da garantia do direito de propriedade. Este nasceu, na ordem capitalista e no Estado liberal, com a limitação imposta pelo interesse superior da comunidade. São duas faces da mesma moeda, cunhada na forja do constitucionalismo nascente sob o signo dos direitos individuais e da proteção do domínio privado” (CAIO TÁCITO).

A desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária foi introduzida em nosso sistema constitucional como nova modalidade de restrição ao direito de propriedade individual, através da Emenda Constitucional n.º 10, de 10.11.64, ao acrescer vários parágrafos ao art. 147, da Constituição de 1946, atribuindo competência exclusiva à União Federal para promovê-la e incidindo apenas sobre a propriedade imobiliária rural; determinando que o pagamento da indenização, que deveria ser prévia e justa, mediante títulos especiais da dívida pública, porém restrita às áreas previamente incluídas em zonas prioritárias fixadas em decreto do Poder Executivo.

A Constituição Federal, promulgada em 24 de janeiro de 1967, manteve as mesmas normas vigentes no regime anterior.

O Ato Institucional n.º 9, editado em 25 de abril de 1969, motivado em que a reforma agrária estava a reclamar instrumentos hábeis que implicavam em alterações de ordem constitucional então vigente, introduziu pequena, porém substancial, alteração no § 1.º do art. 157, da Carta de 1967, suprimindo do

texto constitucional a expressão “prévia”, passando, assim, a Lei Magna a assegurar, na desapropriação por interesse social para fins da reforma agrária, somente a “justa” indenização, mantendo, todavia, inalteradas as demais garantias e limitações ao poder de desapropriar conferido exclusivamente à União.

A alteração da ordem constitucional promovida pelo ato excepcional, eliminando a garantia de “prévia indenização”, ensejou a edição pelo legislador ordinário do Decreto-Lei n.º 554, de 25.04.69, que passou a disciplinar a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, sobrelevando a disposição contida no art. 6.º desse diploma que autorizou, “*initio litis*”, que a posse e a propriedade do bem expropriado fossem transferidos ao Poder Público com o estremo apresentação em juízo da petição inicial.

As normas constitucionais ainda vigentes, consubstanciadas na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, mantiveram, outrossim, as normas anteriores (art. 161).

A competência exclusiva da União Federal para desapropriação da propriedade imobiliária rural por interesse social para fins de reforma agrária, mediante o pagamento da justa indenização expressa em títulos da dívida pública, restrita aos imóveis rurais incluídos em “zonas prioritárias” previamente definidas por decreto do Poder Executivo, sempre se constituiu, desde a introdução dessa modalidade de desapropriação em nosso sistema constitucional, em baliza imposta pelos textos constitucionais ao poder expropriante.

A doutrina é uníssona, neste ponto, em proclamá-la, a exemplo do festejado CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quando afirma que “é a desapropriação procedida pela União, ou seus delegados, de imóveis inadequadamente explorados e incluídos em zonas previamente prioritárias por decreto do Presidente da República”, reiterando, ainda, que “o sujeito ativo desta modalidade é unicamente a União ou delegados seus. O objeto compreende apenas os imóveis rurais inadequadamente explorados que estejam abrangidos em áreas previamente declaradas pelo Presidente da República como prioritárias para fins de reforma agrária” (“APONTAMENTOS SOBRE A DESAPROPRIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO”, RDP n.º 23/30).

O insigne PONTES DE MIRANDA, em seus “Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969”, ensinou, “*ex cathedra*”, que “a competência para a desapropriação é só da União, que as terras atingíveis são apenas as áreas das zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo” (Tomo VI, pág. 52).

JOÃO DE OLIVEIRA FILHO ensina, por sua vez, que “a declaração das áreas prioritárias é pressuposto essencial para a desapropriação da propriedade territorial rural” (*in* “QUER CONHECER A CONSTITUIÇÃO?”, Editora Forense, 1973, pág. 459).

O percuente e alentado exame do instituto da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, levado a efeito pelo ínclito magistrado CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, à luz dos princípios constitucionais que o informam, diz que “deve a propriedade estar incluída em zona prioritária, fixada por decreto do Poder Executivo”, concluindo que essa moda-

lidade de desapropriação exige, face às expressas normas constitucionais vigentes, “declaração anterior das zonas prioritárias” (“DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA”, *in*, RDP n.º 34/16).

MANOEL DE OLIVEIRA SOBRINHO, ao analisar o ato expropriatório com a finalidade de reforma agrária, ensina que “afora disposições incidentes e reguladoras, para que não se afronte, o espírito legal, a anterior fixação das áreas é, sem dúvida, uma condição essencial à promoção e consumação da desapropriação” (*in* “DO MANDADO DE SEGURANÇA NAS DESAPROPRIAÇÕES”, Editora Rev. Universitária, 1976, pág. 128).

Anotando a legislação ordinária pertinente (Decreto Lei n.º 554, de 25.04.69), o ilustre mestre paranaense reafirma que “é indispensável, conforme o disposto no art. 1.º, para que a desapropriação se efetive, que já estejam determinadas anteriormente as chamadas *áreas prioritárias*. Do contrário, a desapropriação não se torna viável, juridicamente falando, e isto porque infringe mandamento constitucional expresse. Já que a União *poderá promover a desapropriação*, necessário se faz o levantamento de planos prévios que justifiquem a exceção constitucional do direito de propriedade” (op. cit. pág. 175 - nota).

No plano infra-constitucional o próprio legislador ordinário impôs parâmetros ao ato do Poder Executivo na declaração de “zona prioritária”, ao dispor que esta será feita por decreto do Presidente da República, que mencionará a criação do órgão Público e a exata delimitação de sua área de atuação; a duração do período de intervenção governamental na área; os objetivos a alcançar e as outras medidas necessárias a atender as peculiaridades regionais (§ 2.º do art. 43, da Lei n.º 4.504, de 30.11.64 — Estatuto da Terra).

A prévia declaração da área prioritária por decreto do Chefe do Poder Executivo emerge do ordenamento jurídico traçado pela Constituição e pelo legislador ordinário como pressuposto inafastável de constitucionalidade e de legalidade do ato expropriatório com finalidade de atender ao interesse social através da reforma agrária.

O Pretório Excelso, através do pronunciamento do insigne Ministro CORDEIRO GUERRA, em voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 81.603-MT, assentou que “a própria União deve, preliminarmente, delimitar as áreas expropriadas, § 2.º do art. 161, da Constituição Federal”, para concluir que “a Constituição Federal condiciona a expropriação da União à prévia delimitação da área, e, com isto, não abre mão da competência exclusiva da União, antes a restringe, pelo que não permite aos Estados o que nega à União (RTJ-81/502).

A zona prioritária declarada por decreto do Poder Executivo, observadas as condições estabelecidas pelo legislador ordinário, é pressuposto, portanto, constitucional e legal para validade e eficácia do ato expropriatório por interesse social para fins de reforma agrária.

CENTRALIZAÇÃO E FEDERAÇÃO

CELSO BASTOS
Professor da P.U.C. — S.P.

1. A Federação constitui-se na forma mais perfeita e acabada de consagrar a descentralização política, sem perda da unidade estatal. Sim, porque se as autonomias locais deixarem de atuar dentro da órbita federal, para se desgarrarem, passando a reportarem-se diretamente ao Direito Internacional, transmutar-se-ão elas em autênticas soberanias, com conseqüente esfacelamento do Estado Federal. Adversamente, se as autonomias locais perderem consistência, surge em seu lugar o Estado Unitário politicamente descentralizado. Daí ter Biscaretti afirmado relativamente aos Estados-membros de uma Federação que eles devem ser soberanos para o próprio ordenamento jurídico.

A idéia de descentralização está presente, implícita ou explicitamente, nas diversas definições de Federação encontráveis na doutrina. Para Celso Antônio Bandeira de Mello aquela é conceituada como “o regime no qual dentro de um único sistema jurídico global, as capacidades políticas são distribuídas entre diferentes pessoas jurídicas” (“Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta”, Editora Revista dos Tribunais, pág. 8). Michel Temer mostra com toda a propriedade o difícil equilíbrio a ser alcançado na Federação entre a ordem central e as locais: “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 isso 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”. (“A Federação Brasileira”, in “Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul”, n.º 1 — 1979 — págs. 27 a 43).

2. Historicamente, a Federação surgiu como técnica do Direito Constitucional que viabilizou a União de Estados independentes, sem que estes se diluíssem nas garras do Poder Central. Tratava-se, pois, de fundar uma comunidade de Estados abarcando povos que não haviam ainda atingido um grau de unidade nacional suficientemente elevado a ponto de abdicarem das suas prerrogativas autonomísticas em favor do Governo Central. Assim se deu nos Estados Unidos em 1787/89; na Suíça em 1848 e na Alemanha em 1871. Mas a mesma técnica da Federação veio a ser utilizada por países que já haviam conhecido o governo unitário. É o caso, dentre outros, do Brasil. Aqui o modelo federativo foi adotado, depois de uma experiência relativamente longa de um regime acentuadamente centralizador. Pode-se aceitar que enquanto jurídica ou forma de distribuição geográfica do Poder não importa se a Federação resultou do agrupamento de estados até então independentes e soberanos, ou se, inversamente, surgiu do desmembramento de um Estado unitário. Do ponto de vista sociológico e político, as diferenças são, todavia, de grande relevo. É que na Federação, por agregação, o Pacto Federal não dilui a vontade das autonomias locais de defenderem ciosamente as suas competências. Por debaixo destas subsiste o propósito político de assegurá-las contra as arremetidas do poder central. Cremos que a ausência desse desiderato explica o caráter precário e frágil das Federações oriundas de um fenômeno de centrifugação, do que, mais uma vez, o exemplo brasileiro é um caso vivo e atual. Surgiu nossa Federação de um movimento armado que, de um só golpe, aboliu a Monarquia e implantou a Federação, elevando-se, em consequência, as antigas Províncias à dignidade jurídico-política de Estados-Membros. Examine-se, ao contrário, a evolução histórica por que passou a Confederação formada, ao longo do Atlântico, pelas 13 Colônias Inglesas que se tornaram independentes em 1776. Dela nos fez um excelente relato Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

“Por essa aliança, os Estados se obrigavam a prestar mútuo auxílio, contra toda violência, ou ataque, dirigido contra ela, ou contra qualquer deles. Retinham todos a sua soberania, a sua liberdade, a sua independência e todo poder, jurisdição ou direito não expressamente delegados aos Estados Unidos. A única autoridade central era uma assembléia, com um representante para cada Estado e sem jurisdição alguma sobre os indivíduos”.

“A triste experiência das suas dificuldades intestinas, e o desprezo com que os tratavam os governos estrangeiros”, escreve BRYCE, ‘fizeram os Estados

sentirem a necessidade de uma união mais firme e mais estreita' ". "Apesar disso, relutavam. Ciosos em demasia das suas prerrogativas, não sabiam por que lado optar: se pelo fortalecimento do centro, para o bem da unidade e em detrimento da sua liberdade, ou pela independência de cada um, deixando, em consequência, a união periclitarse".

"Afinal, penderam para a primeira solução. Convocou-se uma convenção, a fim de rever o pacto formado entre as antigas colônias, e essa convenção reuniu-se em 14 de maio de 1787, na cidade de Filadélfia. Após calorosos debates, foi aprovada a nova Carta, que devia ainda receber a sanção do povo dos Estados". ("Natureza Jurídica do Estado Federal", Editora Revista dos Tribunais, 1937, págs. 7 e 8).

3. Os males do artificialismo com que foi adotado o princípio federativo no Brasil iria explicar muitas das vicissitudes por que passou e da sua prematura e gradativa substituição pela idéia centralizadora, dominante no Brasil Colônia e no Império. Não que não tivesse havido vozes (lembre-se Nabuco e Rui Barbosa) que pregaram a Federação. Até mesmo movimentos revolucionários houve que porfiavam pela implantação das autonomias locais, embora estas coincidissem mais com os limites dos Municípios (estes sim de fortes e arraigadas tradições Históricas) do que com os lindes das províncias. Mas a verdade é que a transposição do modelo americano de Federação não respondia à realidade brasileira. Pense-se, tão somente, na profunda disparidade de recursos e de estágios de desenvolvimento dos diversos Estados-Membros. Paulo Bonavides realça a repercussão das nossas origens centralizadas na ulterior vida Republicana e Federativa: "Desde o berço o federalismo brasileiro trouxe o gume da sua destruição, o pecado do unitarismo onde se gerou, porquanto criado mediante uma intervenção do poder central. . . As Províncias, ao serem elevadas à categoria de Estados em 1889, tinham recebido como dádiva do poder central a nova forma de organização política". (Reflexões. Política e Direito, pág. 83). E o mesmo autor lamenta que o filão histórico do Municipalismo tenha sido preterido em benefício dos Estados-membros: "Essa realidade municipalista, constitutiva já de uma tradição, cujos efeitos poderiam ter sido adiante fecundos a uma caracterização genuína do federalismo pátrio, em linhas de evolução própria, foi todavia desprezada e esquecida. Os Municípios condenados a fazer quase ao abandono, durante largo período da vida republicana, definhavam em prestígio, progresso e influência". (Ob. cit., pág. 83).

4. O Federalismo, recebido como uma dádiva, iria logo sofrer os embates da realidade. Muitos foram os fatores, além dos vícios da origem, que determinariam o esvaziamento progressivo das autonomias estaduais. Lembremos alguns: o despreparo dos governantes locais, a influência de "caciques" e dos resquícios de um feudalismo agrário, o uso freqüente do instituto da intervenção da União, o papel desta na redistribuição da renda nacional, visando a minimizar as consequências das disparidades regionais e o auxílio a calamidades, sobretudo à seca no nordeste. Em 1926 já se fazia sentir, no campo jurídico, o reflexo das realidades sócio-econômicas do País. A emenda constitucional então aprovada alarga as hipóteses de intervenção federal e faz com que cesse um ciclo de nosso

Federalismo, denominado por Paulo Bonavides período político. A partir daí novas forças vão atuar, conducentes sempre a um fortalecimento do Poder Central, com o conseqüente enfraquecimento dos Estados-Membros, mantidos os Municípios, de certa forma estagnados.

5. O inegável fortalecimento do Poder Central, tanto no sentido vertical quanto no horizontal (supremacia do Executivo ante os dois outros poderes), a fraqueza das nossas instituições, marcadas ainda por uma tônica autoritária, colocam o País diante de duas alternativas: ou redefine-se o nosso Federalismo, para amoldá-lo às nossas condições sócio-econômicas, políticas e culturais, ou retorna-se ao Estado Unitário.

Como pessoalmente damos preferência à primeira dessas hipóteses, passamos a expor o delineamento de uma reorganização da estrutura geográfica ou territorial do poder.

Ela deverá consagrar os três atuais níveis de competência: União, Estados e Municípios, com a incorporação de um quarto nível de governo, o das Metrôpoles.

6. Embora mantida a Federação, cumpre que esta seja erigida à luz da realidade histórica e da conjuntura atual do Estado Brasileiro. Este já atingiu um acentuado nível de unificação, reduzindo a nada os núcleos de poder político regional com a pretensão a rivalizar ou disputar com o Poder Central. Destarte, a manutenção da Federação só se justifica enquanto técnica de descentralização político-administrativa, para descongestionar a excessiva concentração do Poder nas mãos da União. É um meio, pois, de tornar flexível a atuação estatal, moldando-a às particularidades regionais e mobilizando as forças das comunidades periféricas. Cumpre, em conseqüência, abandonar a idéia não abonada pelos fatos de ser a Federação Brasileira uma associação de Estados todos a merecer tratamento isonômico. Os aspectos jurídico-formais da Federação do século passado deverão ceder passo às necessidades ressentidas pelo atual Estado Brasileiro de consagrar tratamento específico aos diversos estágios de desenvolvimento encontráveis nos Estados, inclusive para o efeito de desbastar as arestas dos desníveis regionais.

Tal propósito pode ser atingido pela definição de uma área relativamente ampla de competências onde caberia a atuação, em tese, simultânea dos Estados e da União. Na medida em que fosse ocorrendo a efetiva ocupação dessas áreas, pelo desempenho das funções próprias aos Estados, a legislação da União deixaria de neles vigorar. Em síntese, haveria a inversão do critério adotado no atual § único do artigo 8.º que passaria a ter a seguinte redação: A competência dos Estados não exclui a da União para legislar sobre as matérias . . . ; respeitada a lei estadual.

Especificamente quanto aos Estados, vale notar que a competência residual a eles definida não tem sido de molde a assegurar-lhes uma área segura de atuação. Urge, pois, uma redefinição de competências entre os níveis de governo, outorgando-se, também, aos Estados, nos moldes do que ocorre com os demais, um elenco de competências próprias expressas. Estas seriam divididas em três categorias: a) as que não comportam atuação supletiva da União; b) as que não

toleram co-participação concorrente das demais pessoas de direito público com capacidade política e c) as que remanescem na sua alçada tão só na medida em que as faça valer. Na sua omissão, cabe a atuação supletiva da União.

7. DOS MUNICÍPIOS. AS METRÓPOLES. Além de uma maior precisão do conceito de "peculiar interesse", urge robustecer a autonomia municipal, inclusive pela diminuição dos casos de Prefeitos nomeados. O princípio da elegibilidade por via democrática dos chefes dos executivos locais deve ser revigorado sem prejuízo de uma mais acentuada autonomia, os contornos das áreas de competências municipais devem ficar condicionados ao estágio de seu desenvolvimento demográfico, cultural, urbanístico e sócio-econômico. Esta diferenciação nada mais é do que o reflexo das reais discrepâncias dos Municípios brasileiros. Um capítulo deverá ser aberto para tratamento das regiões metropolitanas, hoje objeto de um único artigo inserto debaixo do título "Da Ordem Econômica e Social". Essas regiões não podem, para efetivo cumprimento das tarefas que as desafiam, deixar de contar com um poder político decisório à altura da gravidade das medidas que delas se esperam. É óbvio que a criação de um governo metropolitano envolverá a necessidade de restringir a autonomia dos Municípios que nelas se encontrem, assim como implicará na outorga de tributos próprios ou da participação na receita de tributos alheios. O que é certo é que elas deverão contar com recursos próprios independentizando-as de eventuais dotações ou subsídios de outras entidades.

O DIREITO ADMINISTRATIVO DAS EMPRESAS GOVERNAMENTAIS BRASILEIRAS

SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA
Professor de Direito Administrativo da
Faculdade de Direito da UERJ. Membro
do Ministério Público Estadual e do
Instituto dos Advogados Brasileiros

1. *Pessoas administrativas de direito privado* — A descentralização institucional ou por serviços não se circunscreve à criação de pessoas jurídico-administrativas autárquicas, de direito público. Em outras palavras, não existem, apenas, *pessoas administrativas públicas* (as de *direito constitucional*, que correspondem à *Administração Direta*, e as de *direito administrativo*, as *autarquias*, já na *Administração Indireta*). Surgem, ao lado dessas, as *pessoas administrativas privadas*, que são pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo Estado e que integram, também, a *Administração Indireta*.

2. *Entidades paraestatais* — *Estatat* é sinônimo de *público*; *Estado* e *autarquias* são *pessoas públicas* e, portanto, *estatatas*. *Paraestatal* ou *parestatat* (formada pelo grego *para* — indicando proximidade — e *estatal* — do Estado, do latim *statu*) é adjetivo que abrange as entidades que estão próximas das estatatas. É certo que, muitas vezes, o próprio legislador brasileiro tem empregado, impropriamente, a expressão *entidades paraestatais*, usando-a de modo a englobar as *autarquias*. Em verdade, *paraestatais* são as pessoas jurídico-privadas, criadas pelo Estado, para exercerem atividades administrativas, e que fazem parte da *Administração Indireta*.

A legislação sobre a Reforma Administrativa não usou a expressão, que continua a provocar dissídios doutrinários.¹

1. V. HELY LOPES MEIRELLES, *Dtr. Adm. Bras.*, p. 340, onde discorda, expressa e especificamente, de nossa opinião. O Anteprojeto de *Lei Orgânica do Sistema Administrativo Federal*, de 1963, elaborado sob a responsabilidade do Ministro Extraordinário para a Reforma Administrativa, empregava a expressão *entidades paraestatais* no sentido do texto (cf. art. 2.º), abrangendo as *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista*.

3. *Regime jurídico misto das entidades paraestatais* — Pelas características híbridas indicadas (criação pelo Poder Público; participação na organização administrativa; exercício de função administrativa; personalidade jurídica de direito privado), as *peçoas administrativas paraestatais* estão submetidas, como já assinalamos anteriormente, a *regime misto*, ou seja, parte de *direito privado (civil ou comercial)*, parte de *direito público*, sem que com isso, todavia, se desnaturem. Assim, não são *peçoas de direito administrativo*: são *peçoas civis ou comerciais*, com relação às quais incide o DA, integrando a AP.

A área de incidência do DA faz-se sentir, principalmente, no campo do relacionamento dessas entidades com a *Administração Direta* a que se encontram *vinculadas*, no campo, portanto, da *tutela administrativa*, cabendo lembrar, contudo, a ressalva do parágrafo único do art. 27 do D.1. 200/67: “assegurar-se-ão às empresas públicas e às sociedades de economia mista condições de funcionamento idênticas às do setor privado, cabendo a essas entidades, sob a supervisão ministerial, ajustar-se ao plano geral do Governo”.

Sua *atividade* é, necessariamente, *econômica*, e, basicamente, forma de *intervenção econômico-social da AP*. São tais entes, como se vê pelo disposto no art. 170, e seus §§, da CF, os veículos com que conta o Poder Público para, em igualdade de condições com as empresas privadas, com submissão às normas a essas aplicáveis, suplementar a iniciativa particular, explorando, *diretamente*² a atividade econômica. Nesta hipótese, a atividade das entidades paraestatais é regida pelo Direito Privado e pelo *Direito Social*. Mesmo quando são prestadoras de algum *serviço público* (atividade regida pelo Direito Público) que envolva *atuação econômica*, as empresas governamentais o fazem em posição diversa das pessoas públicas, como os particulares também podem fazê-lo quando são *concessionários* ou *permissionários*. Nestes casos, estamos diante da denominada *gestão privada do serviço público*, por oposição à *noção orgânica*, segundo a qual, sendo o serviço prestado por pessoas públicas (*Administração Direta e autárquica*), organismo prestador de atividade são ambos regulados pelo Direito Público.

A posição peculiar das *peçoas administrativas privadas* permite que se identifique um *DA das entidades paraestatais*, com a incidência do *Direito Social*.

Cabe assinalar que *privado* não significa *particular*: as *entidades paraestatais*, são *privadas* mas não, *particulares*.

4. *Enumeração das entidades paraestatais: empresas públicas e sociedade de economia mista* — São atualmente, *peçoas administrativas privadas*, no Direito Brasileiro, as *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista* (art. 4.º, II, b e c, do D. lei 200/67). Cumpre acentuar, entretanto, que, até recentemente, também o eram as *fundações privadas instituídas pelo Poder Público*, que foram, todavia, excluídas da Administração Indireta pelo art. 3.º do D. lei

2. No sentido do art. 170, § 1.º, da CF, quanto à atividade, o exercício *direto* pelo Estado não significa pela Administração Direta, dirigindo-se, ao, contrário, à atuação das empresas paraestatais. A expressão é empregada por oposição à atividade administrativa exercida pelos particulares, mediante *concessão* ou *permissão*.

900/69. Assim sendo, de acordo com a legislação vigente, o elenco das *peças administrativas privadas* coincide com a das *empresas do Estado (empresas governamentais)*. Em tese, todavia, podem ser *corporativas* ou *fundacionais*.

5. *As empresas do Estado através dos tempos* — É recente o fenômeno da criação das *empresas do Estado*, como forma de *descentralização administrativa*, e, conseqüentemente, de exercício da atividade econômica administrativa. Como integrante do contexto do processo de intervenção estatal no domínio econômico, acentuou-se o emprego desse instrumentô intervencionista a partir da Primeira Guerra Mundial.

Se bem que alguns estudiosos da matéria situem na Alemanha, no final do século XVIII e início do século XIX, o surgimento das sociedades de economia mista, o certo é que foi após a Guerra de 1914-1918, no citado País, que se desenvolveu esse tipo de ente descentralizado, hoje adotado universalmente;^{2-A} em Países desenvolvidos, por motivos políticos e fiscais; e, em Países subdesenvolvidos, com vistas ao desenvolvimento econômico.

Os antecedentes, em geral, apontados, dos monopólios estatais na Antigüidade, inclusive no Império Romano, e, mais recentemente, das companhias coloniais dos séculos XVI e XVII, nas quais se associavam a Coroa e particulares, segundo as concepções mercantilistas, não têm semelhança com a atual *empresa do Estado* que é uma pessoa jurídico-administrativa, com as características acima fixadas de *entidade paraestatal*, inclusive com *regime misto*.

5.1. *Empresas governamentais no Brasil* — Em nosso País, aponta-se como a mais antiga *empresa do Estado* o *Banco do Brasil*, criado pelo Alvará de 12-10-1808, sendo certo que a Lei n.º 59, de 8-10-1833, criou um novo Banco do Brasil.

Mas o desenvolvimento no campo em tela deu-se a partir de 1939, com a criação pela União, dentre outras empresas, do Instituto de Resseguros do Brasil (1939), da Companhia Siderúrgica Nacional (1941), da Companhia Vale do Rio Doce (1942), da Companhia Nacional de Alcalis (1943), da Fábrica Nacional de Motores (1946), do Banco de Crédito da Amazônia (1950), do Banco Nacional de Crédito Cooperativo (1951), da Petróleo Brasileiro S.A. — PETROBRÁS (1953), da Companhia Urbanizadora de Nova Capital do Brasil — NOVACAP (1956), da Rede Ferroviária Federal (1957), das Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais — USIMINAS (1958), da Companhia Siderúrgica Paulista — COSIPA (1960), das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — ELETROBRÁS (1961), da Empresa Brasileira de Telecomunicações — EMBRATEL (1962), da Companhia Brasileira de Alimentos — COBAL (1962), da Companhia Brasileira de Armazenamento — CIBRAZEM (1962), do Serviço Federal de Processamento de Dados — SERPRO (1964), da Empresa Brasileira de Turismo — EMBRATUR (1966), da Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro e da Empresa de Reparos Navais Costeira S.A. (1966), da Companhia Docas do Rio de Janeiro (1967), da Financiadora de Estudos e Projetos — FINEP

2-A. V. estudo de Direito Comparado sobre empresas do Estado (relatório de NIKOLA BALOG), por nós traduzido, *in* RDA 87: 35-51; 88-34-75; 89; 34-67; e 90: 30-56.

(1967), da TERMISA — Terminais Salineiros do Rio Grande do Norte S. A. (1970) etc. Até estabelecimento hospitalar assumiu a forma de empresa do Estado: o Hospital das Clínicas de Porto Alegre (L. 5.604, de 2-9-70, D. 66.930, de 16-7-71), vinculado ao MEC.

Os Governos locais também têm criado *empresas governamentais*, como, no Rio, o Banco do Estado da Guanabara (antes, Banco da Prefeitura do Distrito Federal, criado em 1945), a Companhia Progresso do Estado da Guanabara — COPEG (1961), a Companhia Central de Abastecimento — COCEA (1962), a Companhia de Transportes Coletivos do Estado da Guanabara — CTC-CG (1962), a Companhia de Habitação Popular do Estado da Guanabara — COHAB (1962), Companhia Estadual de Telefones — CETEL (1962), Companhia Estadual de Águas da Guanabara — CEDAG (1962), Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro — METRÔ (1968), a Companhia Estadual de Gás — CEG-GB (1969), a Empresa de Turismo da Guanabara — RIOTUR (1972).

O novo Estado do Rio de Janeiro transformou muitas dessas entidades e outras dos antigos Estado do Rio de Janeiro e da Guanabara, mantendo-as, porém, como *empresas governamentais*. Assim, a Companhia Estadual de Águas da Guanabara (CEDAG), a Empresa de Saneamento da Guanabara (ESAG) e a Companhia de Saneamento do Estado do Rio de Janeiro (SANERJ) foram unificadas na Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE) e as Companhias de Habitação Popular dos extintos Estados, nua Companhia Estadual de Habitação do Rio de Janeiro CEHAB-RJ. Foi criada, outrossim, a Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro — EMOP, dentre outras novas empresas.

No nível municipal, temos, como exemplo, a Companhia Municipal de Limpeza Urbana — COMLURB, na Cidade no Rio de Janeiro.

5.2. *Fenômenos recentes em matéria de criação de empresas do Estado* — Dois fenômenos atuais podem ser citados. Em primeiro lugar, a tendência para transformação de órgãos da Administração Direta e de autarquias econômicas em empresas governamentais, como ocorreu com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, antigo Departamento de Correios e Telégrafos (1969); com a Caixa Econômica Federal, resultante da fusão das autarquias do mesmo nome (1969); com o Banco Nacional de Habitação (BNH) e com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), antigas autarquias (1971). É interessante observar que, em tais casos, o capital inicial da empresa pública resultante foi constituído do ativo líquido da autarquia extinta (cf. art. 1.º, p. único, da L. 5.602/71; art. 3.º, da L. 5.762/71). Desse modo, o patrimônio da autarquia retornou à União, que o subscreveu como capital da nova entidade, integralizando-o. Por outro lado, tem sido admitida a criação de empresas por autarquias: a Comissão Nacional de Energia Nuclear foi autorizada a constituir a Companhia Brasileira de Tecnologia Nuclear, e o DNER transformou o Consórcio Construtor Rio Niterói S.A. (desapropriado) em empresa pública, a S.A. Empresa de Construção e Exploração da Ponte Presidente Costa e Silva (ESEX), agora sob a denominação Empresa de Engenharia e Construção de Obras Especiais — ESEX.

6. *Conceito de empresa* — Estando sendo tratadas, no presente estudo, as *empresas governamentais*, cumpre conceituar *empresa*.

Cada pessoa, seja física ou jurídica, para exercer uma atividade, precisa, em geral, de bens, de uma *organização*, em que se valha do concurso de terceiros. Dependendo da natureza da atividade, dos fins com que é exercida, diferentes serão os bens necessários e o tipo de organização, entendida esta como ordenação de funções e atribuições, divisão do trabalho, distribuição de poderes.

A *empresa* é a organização para a exploração econômica de uma atividade, sendo, por vezes, empregada com designativa da própria atividade (cf. arts. 1.371 e 1.374 do CC). O *estabelecimento* é o conjunto de bens empregados pelo empresário na *empresa*. O pessoal que atua na *empresa*, valendo-se do *estabelecimento*, é o *pessoal da empresa*, congregando os seus *empregados, servidores, prepostos*.

Cabe distinguir entre *órgãos da pessoa jurídica* (e, se econômica, do *empresário*) e os *ofícios* (em que se situam *empregados, servidores e prepostos*) da *empresa*. Os primeiros (a assembléia-geral, a diretoria), na linguagem expressiva de PONTES DE MIRANDA, *presentam a pessoa jurídica* (*Tratado de Direito Privado*, I:412).

Esses são os *órgãos*. Os *ofícios da empresa* não têm esse poder, são meros instrumentos executores de atividades. O art. 17 do CC estabelece que “as pessoas jurídicas serão representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, pelo seus diretores”.

Tradicionalmente, o conceito de *empresa* foi *técnico-econômico*, envolvendo a noção de *organização*.

No *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 20, pág. 101, disse CARVALHO SANTOS, ao desenvolver o verbete *empresa*: “o conceito de empresa é econômico e não jurídico”.

O grande comercialista (e foi, logicamente, no Direito Comercial, em razão de seu substrato econômico, que, primeiro, se tratou de *empresa*) J. X. CARVALHO DE MENDONÇA (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, I:482) emitiu conceito de *empresa*, que se tornou clássico, caracterizando-a como “organização técnico-econômica” que visa à produção de bens e serviços, para a troca, para a venda, mediante a combinação dos elementos econômicos da natureza, do trabalho e do capital. Tendo em mente a empresa comercial e industrial capitalista, assinala o fim lucrativo da atividade da *empresa*. Segundo tal ótica é que se definiu, também, essa como “a organização dos vários elementos pessoais e reais, materiais ou imateriais, para o exercício permanente de uma atividade lucrativa”.

Objetivamente, a *empresa* traduz-se no *estabelecimento*, num conjunto de bens, de direitos, de deveres etc., inclusive o *fundo de comércio*. A *empresa* é, em suma — podemos concluir — uma *organização*, uma *organização econômica*, isto é, através da qual se desenvolve uma *atividade* pela qual, empregando-se *bens* limitados, se objetiva a satisfação das *necessidades* humanas, ilimitadas em núme-

ro, mas limitadas em sua capacidade. A *Economia Política* clássica destaca a produção, circulação e distribuição de coisas e serviços.

A *empresa*, como *organização* (e, já salientamos, que *organização*, é estruturação harmônica, é ordenação, divisão do trabalho, distribuição de competência), *econômica*, se situa ao lado de outras, como a *organização política*, a *organização administrativa*, a *organização militar* etc. Essas organizações não se excluem, bastando assinalar que a *organização administrativa* lançou mão de *organização empresarial*, como estamos vendo.

Coube à L. 4.137, de 10-9-62, que regula a repressão ao abuso do poder econômico, dar, em seu art. 6.º, a definição legal de *empresa*, dentro do entendimento acima exposto: “Considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos”.

6.1. *Conceito de empresário* — Se a *empresa* é a organização *técnico-econômica* (é a *unidade econômica*), objetivando a produção, para o *mercado*, de bens e serviços (isso, lucrativamente, já que estamos na economia capitalista), quem, *juridicamente*, se apresenta é o *empresário*. Esse é *sujeito econômico*, na medida em que reúne, coordena, dirige, sob sua responsabilidade e risco, os fatores de produção. Mas é *sujeito de direitos e deveres*. Pode ser *pessoa física* (*empresário individual*) ou *pessoa jurídica* (*empresário coletivo*, expressão nem sempre correta, eis que a *fundação* pode ser *empresária*).

É certo que, algumas vezes, o legislador tem-se referido à *empresa* como pessoa, mas isso, em verdade, constitui, tão somente, um modo de dizer, porquanto onde está escrito *empresa*, como no art. 2.º, e respectivo § 2.º, da CLT, tem-se de ler *empresário*. Os referidos dispositivos referem-se à *empresa*, como pessoa *empregadora*, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige empregados. Doutrinária e politicamente essa orientação se explica em razão do objetivo de consagrar a continuidade do *empregador* (não obstante as eventuais alterações na figura do *empresário*), na busca da salvaguarda dos direitos dos *empregados*, objetivo atendido, porém, satisfatoriamente, com o disposto no art. 10 da CLT.

Já vimos que o *empresário* pode ser uma *pessoa física* ou uma *pessoa jurídica*. Tem-se falado, em *empresa individual*, no primeiro caso, e em *empresa coletiva*, no segundo, ligando a noção de *pessoa jurídica* à de *sociedade*, esquecidas, como vimos, as *fundações*. É classificação de *empresa* que leva em conta à própria categoria do *empresário*.

No caso de *empresário-pessoa física*, a constituição da *empresa individual* não acarreta a criação de nova pessoa: a *pessoa* que se torna, no exercício da atividade empresarial, sujeito de relações jurídicas, é o próprio *empresário-pessoa natural*, que tem, juridicamente, responsabilidade ilimitada em razão daquela atividade, respondendo com a totalidade de seus bens.

Nem mesmo se admitiu, ainda, no Direito Brasileiro, a *personalização da empresa particular individual*, que corresponderia à personificação da *organização*, com a limitação de responsabilidade do *empresário individual* ao capital

que o mesmo destinasse à empresa. Seria a personificação da parte do patrimônio do empresário-pessoa física vinculada à empresa, traduzida, objetivamente, no *estabelecimento*. Fala-se, neste caso, de patrimônio autônomo, vinculado a um fim, o chamado *patrimônio de afetação*, que se transforma no *capital* da empresa individual.

É importante apontar os pontos de diferença e de semelhança entre a *empresa individual personalizada* e a *fundação-instituição*. Com relação a ambas, existe a personificação de uma *organização*, com a destinação de bens patrimoniais, visando à consecução de um fim. Mas, na *fundação*, o patrimônio dotado se personaliza e se destaca, definitivamente, do patrimônio do instituidor. A *fundação* não tem, portanto, *capital*, pois que nada nela pertence a outrem, ainda que ao instituidor. Ela só tem *patrimônio*, ou, mais exatamente, ela é um *patrimônio*. Ao contrário, na *empresa individual personalizada*, o *empresário-pessoa física* é o detentor do respectivo *capital*. Ela tem, portanto, *capital*, pertencente ao empresário individual, e *patrimônio*, que pertence à nova pessoa jurídica.

Com a personalização da empresa individual, a *direção*, o *comando* é da pessoa física detentora de seu *capital*, mas, juridicamente, a *responsabilidade* é da empresa, agora *pessoa*, ficando os riscos do *empresário* limitados ao valor do *capital*.

6.2. *Empresário (empresa) civil ou mercantil* — Como se refere a L. 4.137/62, a *empresa* pode ser *civil* ou *mercantil*, dependendo, na hipótese que estivermos focando, da natureza da atividade explorada pelo empresário-pessoa física.

Na *empresa coletiva*, o *empresário* é uma *pessoa jurídica*, ordinariamente uma *sociedade*, *civil* ou *comercial* dependendo da natureza da atividade ou da forma da própria sociedade (se for anônima, a sociedade e, em consequência, a empresa serão mercantis, independentemente do tipo de atividade). Cumpre lembrar que o CC, em seus arts. 22, 23 e 1.363 e s., distingue entre *sociedade civil de fins econômicos* e *sociedade civil de fins não-econômicos*.

6.3. *Órgãos da pessoa jurídica-empresário e ofícios da empresa* — Já salientamos, anteriormente, que cabe distinguir entre os *órgãos* das pessoas jurídicas privadas (assembleia-geral, diretoria) e os *ofícios* (unidades de competência) da *empresa*, como organização econômica respectiva (departamento de publicidade, p. ex.) o que apresenta relevantes consequências jurídicas.

6.4. *Executivos e prestadores de capital* — Outra observação importante diz respeito à distinção, na moderna Economia, entre os *executivos* que dirigem as pessoas jurídicas-empresários (e que são os verdadeiros *empresários* modernos) e os simples *prestadores de capital* (como os acionistas de uma sociedade anônima).

7. *O Estado e a atividade econômica* — Tomada a expressão *atividade econômica* em sentido amplo, as *pessoas públicas* (*Estado* e *autarquias*) podem prestar *serviços públicos econômicos*, atividades regidas pelo Direito Público.

Mas, se se tratar de *atividade econômica em sentido estrito*, visando ao

mercado, segundo os princípios e as regras da economia capitalista, o Estado tem de lançar mão da *empresa*, basicamente a *comercial*, surgindo, então, as *empresas paraestatais*: *empresas públicas* e *sociedades de economia mista* (art. 170, e §§, da CF).

8. *Empresas governamentais: empresas públicas e sociedades de economia mista* — No Direito Brasileiro, as expressões designativas das *empresas governamentais* sempre foram as de empresa pública e sociedade de *economia mista*.

A primeira era empregada *lato sensu* como gênero (e o adjetivo *público* traduzia, aqui, a idéia de empresa criada pelo Estado) a abranger duas espécies: a *empresa pública* "*stricto sensu*" e a *sociedade de economia mista*.

A primeira era empregada *lato sensu* como gênero (e o adjetivo *público* traduzia, aqui, a idéia de empresa criada pelo Estado) a abranger duas espécies: a *empresa pública* "*stricto sensu*" e a *sociedade de economia mista*.

A distinção entre essas duas espécies calcava-se na natureza dos detentores do capital da sociedade empresária: se *pessoas administrativas*, notadamente o *Estado*, era *empresa pública em sentido estrito* (e o adjetivo *público* indicaria, já agora, a natureza administrativa do capital); se havia a presença de particulares, em determinadas condições, *sociedade de economia mista*.

A forma societária era a *sociedade anônima*, o que acarretava problemas relevantes. Com efeito, constituía dificuldades para os Governos a exigência, da Lei de Sociedades Anônimas, do número mínimo de sete sócios (art. 38, § 1.º, do D.1. 2.627, de 26-10-40). A União, competente para legislar sobre Direito Comercial, ainda podia, na lei autorizadora da criação da entidade (lei de mesmo nível do D.1. 2.627/40), derrogar, no particular, a Lei de Sociedades Anônimas. Exemplo sugestivo foi a criação das Centrais Elétricas Brasileiras S. A. — ELETROBRÁS (autorizada pela L. 3.890-A, de 25-4-61), sociedade por ações cujo capital inicial, de três milhões de cruzeiros, dividido em três milhões de ações ordinárias nominativas, no valor de Cr\$ 1,00 cada uma, foi, em sua totalidade, subscrito pela União: tratava-se, assim, de sociedade de um único sócio (v. art. 7.º).

No nível local, tal derrogação não era possível, e surgiam os expedientes para atendimento, meramente formal, da exigência do número mínimo de sócios. Assim, na antiga Guanabara, a COPEG teve seu capital dividido em 60.000 ações, das quais 59.400 foram subscritas pelo Estado, 477, pelo BEG, e as restantes por poucas pessoas físicas, dentre as quais o próprio Governador de então, que subscreveu uma única ação. No caso da Companhia Estadual de Gás, também carioca, os subscritores iniciais foram, exatamente, em número de sete, dentre os quais o Estado subscreveu 9.999.994 das 10.000.000 de ações, e os restantes (todos, entidades da Administração Indireta), uma ação cada um.

O D.I. 200/67 definiu, em seu art. 5.º, incisos II e III, as duas espécies, extremando-as, sem empregar a designação *empresa pública* em sentido lato. Ambas, é certo, *pessoas jurídicas de direito privado*, tendo lei formal como elemento do substrato de sua criação. A *sociedade de economia mista* teve consagrada, como forma obrigatória, a *sociedade anônima*, com a participação maio-

ritária, em seu capital votante, da União ou de entidade da Administração Indireta, salvo (v. § 1.º do mesmo art. 5.º) quando a empresa objeto da sociedade fosse submetida a monopólio estatal, hipótese em que a maioria acionária caberia, apenas, à União, em caráter permanente. Já a *empresa pública* poderia assumir “*qualquer das formas admitidas em direito*”, sempre com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de entidades da Administração Indireta. Quanto ao respectivo objeto, a *sociedade de economia mista* destinar-se-ia ao “*exercício de atividade de natureza mercantil*”, enquanto a *empresa pública*, ao desempenho de “*atividades de natureza empresarial*” que o Governo fosse levado a exercer, “*por motivos de conveniência ou contingência administrativa*”.

O D.I. 900/69 (art. 1.º) introduziu algumas modificações nas definições em pauta. No que tange à *sociedade de economia mista*, passou-se a falar em “*exploração de atividade econômica*”, sendo certa que a forma *anônima* já confere natureza mercantil à sociedade. Quanto à *empresa pública*, a definição limitou a exclusividade da detenção do capital à União. O art. 5.º do Decreto-lei 900/69 dispôs, todavia, que, “desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da empresa pública (art. 5.º inciso II, do D.I. 200/67), a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios”³.

Outrossim, ao invés do desempenho de “*atividades de natureza empresarial*”, usou-se a cláusula “*exploração de atividade econômica*”. O objeto da *empresa pública* e da *sociedade de economia mista* tornou-se o mesmo, embora, no caso da *empresa pública*, a norma acrescente a referência à “*contingência ou conveniência administrativa*”.

Podem ver-se que as definições não são irrepreensíveis, mas caracterizam as duas espécies de entidades como pessoas administrativas privadas, integrantes da Administração Indireta e destinadas à exploração de *atividade econômica*. Na *empresa pública*, o capital pertence, apenas, a pessoas políticas e administrativas (ainda que, essas últimas, de direito privado) com a participação exclusiva ou majoritária da União. De seu capital não participam os particulares, pois que, se isto ocorrer, preenchidos os demais requisitos legais, haverá *sociedade de economia mista*. É certo, todavia, que, como as sociedades de economia mista podem participar do capital das empresas públicas, os particulares, acionistas daquelas, virão a participar, ainda que indiretamente, daquele capital.

Cabe ressaltar que, ao caracterizar a *sociedade de economia mista*, a lei não criou uma nova espécie de pessoa jurídica. Apenas, identificou um tipo de pessoa administrativa de direito comercial: sociedades anônimas que tenham sua criação autorizada por lei, para a exploração de atividade econômica, e cujo acionista majoritário seja a União ou entidade da Administração Indireta Federal.

3. O dispositivo pretende referir-se às pessoas políticas locais e às entidades da Administração Indireta, federais e locais.

Cabe ressaltar que, ao caracterizar a *sociedade de economia mista*, a lei não criou uma nova espécie de pessoa jurídica. Apenas identificou um tipo de pessoa administrativa de direito comercial: sociedades anônimas que tenham sua criação autorizada por lei, para a exploração de atividade econômica, e cujo acionista majoritário seja a União ou entidade da Administração Indireta Federal.

No que tange à *empresa pública*, a lei administrativa revolucionou a classificação das *pessoas jurídicas* no Direito Brasileiro, passando a admitir a *sociedade*, civil ou comercial, de qualquer tipo, de um único sócio e a *empresa unipessoal personalizada*, sendo a União a empresária, como pormenorizaremos adiante. Ademais, considerou, também, como *empresa pública*, qualquer tipo (já existente ou novo) de sociedade civil ou comercial cuja criação tenha sido autorizada por lei, para integrar a Administração Indireta, e que tenha seu capital votante majoritariamente pertencente à União e detido, em seu restante, por outras *pessoas políticas e administrativas*.

Destarte, em matéria de *empresa pública*, devemos distinguir entre: a) a *sociedade*, civil ou comercial, unipessoal; b) a *empresa unipessoal*; c) a *sociedade*, civil ou comercial, unipessoal; b) a *empresa unipessoal*; c) a *sociedade*, civil ou comercial, pluripessoal, com capital pertencente à União (sócia majoritária) e a outras pessoas políticas e administrativas. Em todas as hipóteses, devem ser preenchidos os requisitos de criação prevista ou feita em lei e objeto consistente em exploração de atividade econômica. Todas as espécies serão sempre *pessoas administrativas de direito privado*, civil ou comercial, e não *pessoas de direito administrativo*.

8.1. *Empresa pública unipessoal* — Fundamental é fixar-se se a *empresa pública* é civil ou comercial, aspecto de suma relevância, pelo estatuto diverso das pessoas jurídicas civis e das comerciais.

Não havendo lei orgânica das *empresas públicas*, e considerando que, salvo o caso da sociedade anônima, o caráter mercantil ou civil das pessoas jurídicas decorre de natureza da atividade (*empresa* em sentido objetivo) que exerce, tal natureza é que determinará a da própria pessoa jurídica (*empresa* em sentido subjetivo), com todos os respectivos consectários.

Quanto à possibilidade de a *empresa pública* assumir formas societárias civis e comerciais inéditas, no campo federal a questão não oferece problemas, já que o legislador que autoriza a criação da entidade, é o competente, também, para dispor sobre Direito Civil e Comercial. Em consequência, podemos concluir que a cláusula "qualquer das formas admitidas em direito" deve ser entendida como "qualquer das formas *admissíveis* em direito".

Por outro lado, os termos dos textos normativos federais da Reforma Administrativa, a própria prática dessa, através da criação de novas pessoas administrativas de direito privado, abriram perspectivas amplas para os Poderes Públicos locais, em entidades unipessoais e para a adoção de novas formas societárias criação das entidades unipessoais e para a adoção de novas formas societárias civis e comerciais.

A legislação do novo Estado do Rio de Janeiro (D.I. RJ 239, de 21-7-75) define *empresa pública* e *sociedade de economia mista* (art. 4.º, II e III, § 1.º),

adaptando o conceito federal. Como exemplo de empresa pública unipessoal criada, no nível local, podemos citar a *Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro — EMOP* (v. D.L. RJ 39, de 24-3-75, e D-RJ 81, de 6-5-75).

Como já se adiantou, a *empresa pública unipessoal em sentido lato* compreende a *empresa pública unipessoal (individual) em sentido estrito* e a *sociedade unipessoal (de um único sócio)*.

Na *empresa pública unipessoal "stricto sensu"* (correspondente à *empresa individual* da pessoa física), o Estado destaca uma parte de seu patrimônio, transformando-o em capital da nova pessoa jurídica, em seu patrimônio inicial, que é aquele que vai responder pelas obrigações respectivas. A empresa pública unipessoal é produto da personalização de uma empresa individual. O Estado é, no entanto, o verdadeiro empresário, pois que comanda a empresa, escolhendo os seus administradores.

Exemplo típico foi o que se deu com os serviços de correios e telégrafos. Originariamente, a atividade era exercida por um órgão da Administração Direta, ou seja, uma organização que tinha a seu dispor determinados recursos, bens e funcionários da União Federal, que, juridicamente, era a titular de direitos e deveres. Mas resolveu a União personalizar o serviço, e a massa de bens vinculados ao mesmo tornou-se o capital da nova pessoa jurídica; personificou-se, portanto, aquela organização, que passou a ser titular dos direitos e obrigações.

Prevalece (tal qual na *fundação*, que se distingue, como vimos, da espécie em exame, por não ter *capital*) uma *vontade externa* ou *transcendente*, a do titular único do capital, que domina, de fora, a pessoa jurídica, inexistindo um órgão deliberativo interno dessa, em que aquele manifeste sua vontade. Essa é manifestada de fora, atuando, dentro da pessoa jurídica, como seus órgãos, os administradores designados pelo Estado.

Há, a propósito, exemp'os bem sugestivos.

A *Caixa Econômica Federal* foi instituída por *decreto* (D. 66.303, de 6-3-70), nos termos da autorização concedida pelo D.L. 759, de 12-8-69. Seu objeto é tipicamente econômico, já que se trata de instituição financeira, explorando, outrossim, as Loterias Federal e Esportiva. Seu capital, uno, pertence, integralmente, à União. Seus órgãos são a Diretoria (Presidente e sete Diretores nomeados e exoncráveis *ad nutum* pelo Presidente da República) e Conselho Fiscal (membros nomeados pelo Ministro da Fazenda). Não há assembléia ou órgão da empresa através do qual se manifeste a detentora do capital, dentro da entidade. A participação da União, como verdadeira empresária, se dá através de seus designados e por meio dos instrumentos da tutela administrativa. Seu atual estatuto foi aprovado pelo D. 81.171, de 3-1-78, aludindo, impropriamente, ao *exercício social*.

O capital do *Banco Nacional de Habitação — BNH* (L. 5.762, de 14-12-71) está dividido em ações (art. 4.º do estatuto aprovado pelo D. 72.512, de 23-7-73), pertencentes, em sua totalidade, à União Federal. Não tem, porém, assembléia-geral nem conselho fiscal. A divisão do capital de uma empresa individual em ações pode ser explicado pelo fato de que está prevista a transfor-

mação da entidade, futuramente, em sociedade de economia mista, sob a forma de sociedade anônima, com a admissão de outros acionistas.

Diversa é a situação da *sociedade unipessoal, de um único sócio*, a qual, como sociedade, tem de ter o órgão necessário dessa espécie de pessoa jurídica, que é a *assembléia-geral*.

Assim, além do exemplo da ELETROBRÁS, em sua primeira versão, sociedade anônima cuja totalidade de ações pertencia à União Federal, a *Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco (CODEVASF)*, cujos estatutos foram aprovados pelo D. 74.744, de 22-10-74, teve seu capital integralmente pertencente à União, dividido em trezentos milhões de ações nominativas. Tem assembléia-geral, conselho diretor, diretoria executiva e conselho fiscal. Previu-se, ademais, a participação, nos ulteriores aumentos do capital da empresa, de pessoas jurídicas de direito público, desde que a maioria do capital permaneça de propriedade da União, nos termos do art. 5.º do D.I. 900/69.

Nesses casos, tal como nas *empresas públicas societárias pluripessoais*, existe a assembléia-geral, que é o órgão através do qual se manifesta a vontade dos sócios, *vontade interna* ou *imaneente*. O sócio único ou majoritário vale-se dessa condição através desse órgão.

8.2. *Peculiaridades de algumas sociedades de economia mista* — Através do estudo das várias sociedades de economia mista, verifica-se que, não obstante serem todas sociedades anônimas, há diferenças a serem notadas.

Assinale-se, desde logo, a ostensividade do *regime misto* (parcialmente de Direito Comercial, e em parte de Direito Administrativo), a que, refletindo sua condição de *pessoa administrativa privada*, se sujeita a *sociedade de economia mista*.

Assim, o *Banco do Brasil* tem seus estatutos aprovados pela própria assembléia-geral. Mas seu Presidente e o Diretor de sua Carteira de Comércio Exterior são nomeados e exonerados pelo Presidente da República. Já o *Banco do Estado do Rio de Janeiro*, cujos estatutos, aprovados pela AGE de 4-4-75, declaram ser sociedade de economia mista (está vinculada à Secretaria do Estado da Fazenda: art. 4.º II, do D. 13, de 15-3-75), como organismo da Administração Indireta, tem toda sua Diretoria, composta de nove membros, eleita pela assembléia-geral. Ambos os bancos, além da atividade comercial bancária comum, exercem atribuições próprias de sua posição na Administração Indireta. Desse modo, são agentes financeiros do Poder Público, executando o Banco do Brasil, mediante contrato, encargos, serviços e operações de competência do Banco Central do Brasil.

8.3. *As sociedades de economia mista e a nova Lei das Sociedades Anônimas* — A nova Lei das Sociedades Anônimas (L. 6.404, de 15-12-76) dispõe sobre as sociedades de economia mista em seus arts. 235 a 242, o que funciona como lei comum para estas. Estatui o art. 235 que “as sociedades de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal”. “As companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários” (§ 1.º).

Estabelece o art. 238 da Lei das Sociedades Anônimas que “a pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (arts. 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”.

Quanto à *administração*, “as companhias de economia mista terão, obrigatoriamente, conselho de administração, assegurando à minoria o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo” (art. 239). Outrossim, “o funcionamento do Conselho Fiscal será permanente nas companhias de economia mista; um dos seus membros, e respectivo suplente, será eleito pelas ações ordinárias minoritárias e outro pelas ações preferenciais, se houver” (art. 240).

O Ministério (art. 241) a que estiver vinculada a companhia mista poderá autorizar a limitação da correção monetária do ativo permanente (art. 185) ao montante necessário para compensar a correção das contas do patrimônio líquido.

O art. 242 contém disposições das mais importantes: “as companhias de economia mista não estão sujeitas à falência, mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que as controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações”.

A Lei alude, apenas, às *sociedades de economia mista*, mas se trata de *empresa pública societária*, sob a forma de sociedade anônima, por interpretação extensiva tem-se de concluir que as disposições daquela à mesma se aplica.

Acreditamos que uma norma como a do art. 242, acima reproduzido, se aplica, por analogia, a qualquer empresa pública.

8.4. *Criação das empresas públicas e das sociedades de economia mista* — A criação, pelo Poder Público, de uma pessoa administrativa Administração Indireta, quer de direito público, quer de direito privado, exige que do substrato participe um ato formalmente legislativo, já que se trata de uma nova pessoa jurídica, acarretando o dispêndio de recursos financeiros públicos e a outorga à mesma de atribuições e encargos que são do próprio Estado.

Aliás, o D.1. 200/67 (com as alterações do D.1. 900/69) exige, ao conceituar cada pessoa administrativa, no art. 5.º, a presença da lei formal, em seu processo criativo.

A lei formal referida ou cria o ente, ou estabelece o procedimento para sua criação, se ao mesmo for dada uma estrutura que não se enquadre nos modelos legais preexistentes, o que ocorre com as autarquias e com alguns tipos de empresas públicas. Com efeito, inexistindo um estatuto geral disciplinador da criação de tais espécies de pessoas jurídicas; não prevendo a lei comum a tramitação para sua organização, a lei própria de cada entidade deverá criá-la ou estabelecer o procedimento respectivo. De autarquia pode ser indicado o exemplo do D.1. 289, de 28-2-67, que criou o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal; para as empresas públicas, podem ser lembrados o D.1. 509, de 20-3-69, que criou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, e o D.1. 759, de 12-8-69,

que autorizou a criação, por decreto, da Caixa Econômica Federal, instituída, afinal, pelo Decreto n.º 66.303, de 6-3-70.

Quando se trata de pessoa jurídica com as sociedades de economia mista, que se amoldam a tipos previstos na lei comum, o diploma legal formal autorizado dá impulso inicial deflagrador do procedimento de sua instituição, o qual obedecerá ao Direito comum, com as modificações introduzidas pelo Direito Administrativo, que também incide, no particular, já que se trata de pessoa administrativa submetida, como já acentuamos, a regime misto.

Quando se trata de criação por escritura pública, há necessidade de ulterior registro dos atos institutivos ou constitutivos e estatutos no Registro competente (Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou Junta Comercial). Se se der por lei ou por decreto, inexistente tal necessidade, já que tais diplomas têm a eficácia, fazem as vezes de instrumento público e de registro (publicidade e segurança). No segundo caso, todavia (criação por decreto), em geral se tem efetuado o registro.

8.4.1. *Criação de empresa governamental por transformação* — A legislação alude à criação por lei. A criação não precisa, porém, ser *ex nihilo*. Com efeito, a empresa pública e a sociedade de economia mista podem resultar de transformação de entidades preexistentes, muitas vezes particulares. A L. 5.736, de 22-11-71, por exemplo, autorizou a União a subscrever aumento de capital da Companhia Auxiliar de Empresas Elétricas Brasileiras — CAEEB, que passou à condição de sociedade de economia mista, vinculada ao Ministério das Minas e Energia.

A prática legislativa e administrativa vem-se orientando no sentido de transformação de empresas públicas em sociedade de economia mista. Foi o caso da EMBRATEL (D. 70.913, de 2-8-72) e poderá vir a ser, de acordo com autorização legal, do BNDE (art. 7.º da L. 5.662, de 21-6-71) e do BNH (art. 6.º da L. 5.762, de 14-12-71).

Há, ainda, transformações internas nas empresas governamentais: o METRÔ do Rio teve a sua transformação, em sociedade anônima de capital autorizado, prevista no D.I. 297, de 24-2-76.

8.4.2. *Desapropriação de cotas ou ações* — Hipótese interessante é a de passar o Poder Público a participar de uma pessoa jurídica, mediante *desapropriação* de cotas ou ações de seu capital.

Efetivamente, a desapropriação pode ter por objeto quaisquer bens, como estatui o art. 2.º do D.I. 3.265, de 21-6-41. Aliás, o § 3.º desse dispositivo, acrescentado pelo D.I. 856, de 11-9-69, prevê, expressamente, a expropriação “de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas”. Cumprido, é claro, que a hipótese se enquadre nos casos expressa e taxativamente previstos em lei como hábeis para justificar a desapropriação.

O § único do art. 236 da L. 6.404/76 contempla, especificamente, a hipótese: “Sempre que pessoa jurídica de direito público adquirir, por desapropriação, o controle de companhia em funcionamento, os acionistas terão direito de pedir, dentro de 60 (sessenta) dias da publicação da primeira ata da Assembleia-Geral, realizada após a aquisição do controle, o reembolso das suas ações,

salvo se a companhia já se achava sob o controle, direto ou indireto, de outra pessoa jurídica de direito público, ou no caso de concessionário de serviço público”.

Um aspecto parece-nos fundamental assinalar nesta oportunidade: para que se tenha, através da desapropriação, a criação de uma empresa governamental, torna-se necessária prévia autorização legal. Por duplo motivo: em primeiro lugar, pela própria conceituação de empresa pública e de sociedade de economia mista; por outro lado, porque, nos elencos de casos de utilidade pública e de interesse social atualmente existentes não se inclui a hipótese de criação de entidade da Administração Indireta.

Do contrário, o que poderá haver é simples *participação acionária do Poder Público* em empresa particular, surgimento de um *ente de cooperação*, ou, mesmo, a mera extinção da entidade com a incorporação, ao domínio público, dos respectivos bens.

A criação da empresa pública ECEX deu-se com a desapropriação do Consórcio Construtor Rio-Niterói S.A. Desapropriada a sociedade, o Governo instituiu uma nova pessoa jurídica com a antiga empresa e seus estabelecimentos.

9. *A descentralização de segundo grau: as subsidiárias mistas* — Pelo art. 5.º, III, do D.I. 200/67, pode ser sócia majoritária de sociedade de economia mista, não, apenas, a União, mas uma entidade da Admissão Indireta. Em tal hipótese, temos uma *descentralização de segundo grau*.

Já citamos o exemplo da *Companhia Brasileira de Tecnologia Nuclear* — CBTN, sociedade de economia mista constituída pela autarquia *Comissão Nacional de Energia Nuclear* (CNEN), com autorização dada pela L. 5.740, de 1.º-12-71.⁴

Neste ponto, cabe abordar o problema das *subsidiárias mistas das sociedades de economia mista*.

Considerando-se que temos *sociedade de economia mista* desde que atendidos os requisitos e pressupostos exigidos do D.I. 200/67, será sociedade de economia mista a subsidiária, criada por empresa governamental, com base em lei, sob a forma de sociedade anônima, uma vez que as ações, com direito a voto, pertençam, em sua maioria, à entidade criadora, estabelecida a vinculação com o Ministério ou Secretaria competente e a supervisão destes, e respeitado o *princípio da especialidade* pela entidade criadora, em relação à sociedade criada. A prévia autorização legal (que pode constar da própria lei de criação da entidade ou de diploma ulterior) há de dirigir-se, especificamente, à constituição de determinada companhia mista, com fixação do respectivo objeto e outros elementos básicos.

Cumpramos observar que as *empresas públicas* podem criar *sociedades de economia mista* mas não, outras *empresas públicas*, tendo em vista o disposto no art. 5.º do D.I. 900/69. O art. 5.º da L. 6222, de 10-7-75, sobre a PORTO-

4. Pela L. 6.189, de 16-12-74, a CBTN passou a *Empresas Nucleares Brasileiras S.A. (NUCLEBRÁS)*, tendo a União substituído a CNEN no respectivo controle acionário.

BRÁS, prevê, no entanto, a criação de subsidiária sob a forma de *empresa pública*.

10. *Participações financeiras ou acionárias do Poder Público e empresas de cooperação* — A participação do Poder Público, mediante a aquisição de ações de empresas privadas, pode constituir mera *participação acionária* ou *financeira*, representativa de simples investimento ou garantia especial de negócios jurídicos, do que é exemplo a tomada de ações por bancos de desenvolvimento federais, regionais e estaduais, de empresas beneficiárias de financiamentos seus (v. art. 2.º da L. 2.300, de 26-8-54; art. 15 da L. 2.973, de 26-11-56). Pode ter, até mesmo, cunho interventivo: v. L. 6.492 e 6.493, ambas de 7-12-77, que autorizam subsidiárias da PETROBRÁS a participar do capital de outras sociedades (cf. *Exposição de Motivos* do Ministro das Minas e Energia, in DCN, de 28-10-77, p. 2926). Não ocorre, no caso, a transmutação em sociedade de economia mista.

Com efeito, se a entidade criada, ou de que venha a participar a *sociedade de economia mista*, não preencher os requisitos e pressupostos caracterizadores dessa espécie, teremos simples *participação acionária* ou *financeira* daquela primeira em entidade particular (que continua como tal), ou, no máximo, o surgimento de um *ente de cooperação*, participante do processo de *descentralização por cooperação*, processo pelo qual surgem os *entes paradministrativos*, isto é, próximos, mas fora da AP. Muitos desses entes são, em verdade, empresas que passaram ao controle do Poder Público, por compra ou desapropriação, mas que não reuniram os requisitos necessários à sua caracterização como *empresas para-estatais*. É o caso das *subsidiárias paradministrativas* como as do Grupo *ELETRÓBRÁS*.

A nova Lei das Sociedades Anônimas cuida, especificamente, dessas *empresas de participação*, que continuam *particulares*, ou das que, *entes de cooperação*, continuam situadas fora da AP.

O art. 237, § 1.º, da Lei das Sociedades Anônimas, dispõe, a propósito, que “a companhia de economia mista somente poderá participar de outras sociedades, quando autorizada por lei ou no exercício de opção legal para aplicar imposto de renda em investimentos para o desenvolvimento regional ou setorial”. O § 2.º aduz que “as instituições financeiras de economia mista poderão participar de outras sociedades, observadas as normas estabelecidas pelo Banco Central do Brasil”.

Cabe observar que o art. 235, § 2.º, da Lei, prescreve que as companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao nela disposto, sem as exceções previstas no capítulo específico sobre aquelas.

Pode verificar-se, destarte, que a Lei das Sociedades Anônimas deu solução expressa à questão da participação das companhias mistas em outras sociedades, prevendo a participação majoritária e monoritária sem constituição de novas companhias mistas.

Em matéria específica de sociedades por ações, diferenciam-se, portanto, o que se pode chamar de *subsidiárias (subsidiárias administrativas) mistas*; aque-

las sociedades em que há *participação, majoritária ou minoritária*, de empresas paraestatais (*empresas de participação*) e as *empresas de cooperação*. Com efeito, *subsidiárias mistas* são *empresas paraestatais de segundo grau*, ou seja, *sociedades de economia mista* (não, em princípio, *empresas públicas*, em decorrência do disposto no art. 5.º do Decreto-lei n.º 900/69) criadas por outras *sociedades de economia mista* ou mesmo por *empresas públicas*.

As *sociedades com participação de pessoas administrativas* e as de *cooperação* não integram a Administração Indireta, e, quando prestam serviços públicos o fazem como concessionárias, empresas não-administrativas ou particulares que são.

Essas *sociedades com participação* não são sociedades de economia mista, por lhes faltarem os requisitos indispensáveis, inclusive o da autorização legal específica para sua criação como tal.

É claro que a *participação* tem de decorrer de autorização legal, pois que, do contrário, a entidade da Administração Indireta estaria agindo indevidamente. Mas trata-se, agora, de *autorização de participação* e não, para *criação de sociedade mista*. A autorização pode ser especial, inclusive, portanto, da lei de criação da partícipe, ou pode ser genérica, como a constante do § 1.º, 2.ª e últimas partes, e § 2.º do art. 237, Lei n.º 6.404/76, já vistos.

Essas *participações*, como a própria legislação acentua, podem caracterizar-se como *interventivas* (no domínio econômico), ou como *meras participações financeiras* ou *acionárias* em sentido estrito, “no exercício de opção legal para aplicar imposto de renda em investimentos para o desenvolvimento regional ou setorial”, e, ainda como aplicação financeira, garantia de empréstimos etc. (cf. art. 237, §§ 1.º e 2.º, da Lei n.º 6.004/76, já citados). A sociedade de que participam as empresas paraestatais são, todavia, em qualquer desses casos, *particulares*.

A L. 6222/75, já citada, sobre a PORTOBRÁS distingue, com precisão, entre as “subsidiárias sob a forma de sociedade de economia mista” e as empresas das quais “a PORTOBRÁS participe” (art. 5.º e par. ún.).

A legislação alude, por vezes, às *companhias mistas de segundo grau* como *sociedades sob controle indireto* ou *controladas* (cf. art. 243, § 2.º, da Lei das Sociedades Anônimas).

Não são tampouco, sociedades mistas as que a lei chama de *associadas* (cf. art. 15 e §§ da L. 3890-A, de 25-4-61) ou *coligadas* (art. 243, § 1.º, da Lei das S.A.; arts. 18 e 19 do estatuto da PETROBRÁS, aprovado pelo D. 81217, de 13-1-78).

A propósito da aquisição da maioria do capital da LIGHT — Serviço de Eletricidade S.A., pelas Centrais Elétricas Brasileiras — ELETROBRÁS, o Procurador-Geral da República, no processo PGR n.º 39.911/79, aprovou, em 29-8-79, parecer do Procurador da República José Francisco Rezek, segundo o qual aquela concessionária, “sem embargo do controle acionário ora exercido pela ELETROBRÁS, ainda “conserva incólume sua qualidade de empresa privada, não havendo razão para que deixem de prosseguir os feitos” em que a LIGHT contende com a União ante a Justiça Federal”. Considerou-se, com

acerto, que não se tendo configurado a criação de uma sociedade de economia mista, não sofra “a incidência do art. 205 da Lei Maior”, de que cuidamos adiante.

11. “Holdings” governamentais — Funcionam como *holdings* de complexos de empresas mistas de segundo grau, de cooperação ou de participação, a ELETROBRÁS (art. 15, e §§, da L. 3.890-A, de 25-1-61), a TELEBRÁS (arts. 3.º, § 2.º, e 4.º, e respectivo § único da L. 5.792, de 11-7-72),⁵ a PORTOBRÁS (art. 5.º da L. 6.222, de 10-7-75)⁶ e a PETROBRÁS (leg. cit.).

Parecer da Consultoria-Geral da República, aprovado, pela Chefia do Executivo, em 23-7-77, concluiu que “o conceito de sociedade de economia mista, como integrante da Administração Indireta, supõe, sob o aspecto formal, a concorrência de dois requisitos essenciais, ou seja, a criação em virtude de lei autorizativa e a participação majoritária da entidade-mater, de modo permanente e indeclinável. Tanto as sociedades de economia mista de primeiro grau, como as suas subsidiárias (sociedades de economia mista de segundo grau), também integrantes da Administração Indireta, estão sujeitas à proibição constante do § 1.º do artigo 237 da Lei n.º 6.404, de 1976, não podendo, umas e outras, participar do capital de sociedade diversa, inclusive mediante criação de subsidiária, se não facultado em lei, conquanto possa a Petrobrás constituir as subsidiárias qualificadas pelo artigo 39 da L. 2.004/53. Estas, verdadeiras sociedades de economia mista de segundo grau, não podem, por sua vez, constituir subsidiárias, sendo inextensível a faculdade legal conferida à primeira” (DOU, de 26-7-77, fls. 9519 e s.).

12. *Empresas governamentais e a área internacional* — O Direito Internacional Administrativo e o Direito Administrativo Internacional têm como uma de suas áreas mais expressivas o da criação de empresas governamentais nacionais que atuam no Estrangeiro e empresas constituídas por diferentes Países.

O art. 41 da L. 2.004/53, estabelece que “Petrobrás, por autorização do Presidente da República, expedida em decreto, e depois de ouvido o Conselho Nacional do Petróleo, poderá associar-se, sem as limitações previstas no art. 39,⁷ a entidades destinadas à exploração de petróleo fora do território nacional, desde que a participação do Brasil ou de entidade brasileira seja prevista, em tais casos, por tratado ou convênio”. Outrossim, o art. 12 do D. 61.981/67 autorizou a PETROQUISA a associar-se a pessoas jurídicas estrangeiras. O Banco do Brasil já se associou, igualmente, a capitais estrangeiros, para atuar no Exterior. Outro exemplo relevante é o de ITAIPU. Tratado entre o Brasil e o Paraguai (apro-

5. A própria EMBRATEL transformou-se em subsidiária da TELEBRÁS (D. 70.913, de 2-8-72).

6. O citado art. 5.º prevê a criação de subsidiária, sob a forma de empresa pública. Cf. art. 5.º do D.I. 900/60. Poderia a PORTOBRÁS ter como subsidiária empresa pública de cujo capital a União detivesse a maioria das ações? A empresa pública, dado o disposto no art. 5.º do D.I. 900/69, só pode ter como subsidiárias sociedades de economia mista.

7. A limitação ressalvada corresponde à obrigatoriedade de a PETROBRÁS deter a maioria das ações.

vado pelo D. Leg. 23, de 30-5-73) criou, “em igualdade de direitos e obrigações, uma entidade binacional denominada ITAIPU, com a finalidade de realizar o aproveitamento hidroelétrico” “dos recursos hídricos do Rio Paraguai, pertencentes em condomínio aos dois Países, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas ou Salto de Guaíra até a foz do Iguazu”. O Anexo A ao Tratado contém o estatuto de Itaipu, cujo capital, equivalente a cem milhões de dólares, pertence, “em partes iguais e intransferíveis” à ELETROBRÁS e à ANDE (“Administración Nacional de Eletricidad”, do Paraguai). Estamos diante, pois, das *empresa bi e multi-governamentais*.⁸

13. *Estatuto das empresas paraestatais* — Constitui antiga aspiração do Direito Brasileiro a edição do *estatuto ou lei geral das empresas governamentais* (cf. *A Edição de Lei Orgânica como Solução Adequada e Impositiva para Sistematizar o Disciplinamento Jurídico-legal da Empresa Pública Federal*, trabalho dos advogados da Caixa Econômica Federal, apresentado no II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, Rio, julho de 1976). As disposições, já analisadas, da nova Lei das Sociedades Anônimas, atenderam, muito limitadamente, a esse desiderato, eis que só trata das sociedades de economia mista como sociedades anônimas. O que há são disposições esparsas, notadamente as do D.I. 1.200/67 e legislação posterior sobre Reforma Administrativa.

Em anexo constam *indicações normativas* pertinentes ao *estatuto das empresas paraestatais*.

13.1. *As empresas governamentais e o exercício da atividade econômica* — Cabe destacar o disposto no art. 170, e seus §§, da CF. O *caput* estatui que “às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas”, acrescentando o respectivo § 1.º que, “apenas em caráter suplementar da iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”. Os §§ 2.º e 3.º contem, igualmente, disposições relevantes, pois que determinam que, “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”, sendo certo que “empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas”.

Ratificam-se, assim, os princípios da *liberdade de iniciativa* (cf. art. 160 da CF) e de *competição* (cf. art. 163 da CF), inclusive entre as *empresas públicas e privadas*, no campo econômico.

O art. 163 da Carta Magna Federal faculta, todavia, a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais. Nesses misteres, o Estado pode valer-se, mais modernamente, das

8. V. WALTER T. ÁLVARES, *Natureza Jurídica Consorcial de Itaipu*, Rev. do Instituto de Direito da Energia 17:24.

empresas governamentais. O p. único do art. 163 em foco estatui, a propósito, que “para atender a intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer”.

Conjugadas essas disposições com o estabelecido pelos incisos II e III do art. 5.º do D.1. 200/67, com a redação dada pelo D.1. 900/69, verifica-se que *atividade econômica* no sentido de atuação para o mercado, em termos capitalistas, o Governo só pode exercer através de *empresas públicas e sociedades de economia mista: Administração Direta e autarquias* só atuam na Área regida pelo Direito Público.

Se o Governo quiser atuar com seus próprios recursos, optará pela *empresa pública*; se preferir agir, valendo-se, também, dos recursos particulares, adotará a forma das *companhias mistas*.

A cláusula “exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa”, relativa ao objeto da *empresa pública*, e o fato de que a espécie por excelência dessa é a da *empresa unipessoal* (art. 5.º, II, do D.1. 200/67, e 5.º do D.1. 900/69) fazem concluir, uma vez mais, que ela nada mais é de que a organização empresarial do Estado, que se personalizou. Já a *sociedade de economia mista* tem aspectos mais complexos, sendo uma sociedade comercial de que co-participam Poder Público e particulares, e que integra a Administração Indireta, atuando, pelas mais variadas razões, em qualquer área econômica.

13.2. *Controle das empresas governamentais* — As empresas governamentais estão, como integrantes da Administração Indireta, sujeitas a *supervisão* da Administração Direta, que se manifesta, inclusive, pela nomeação de diretores, exoneráveis *ad nutum*, e que se colocam ao lado dos diretores eleitos em assembléia-geral, os quais, segundo a lei-comum, também podem ser substituídos, a qualquer momento, por esta.

A lei de criação de empresa governamental pode *in casu*, estabelecer peculiaridades para a *supervisão*. O estatuto da CEF, aprovado pelo D. 66.303/70, prescreve, em seu subitem 4.4.1., que “as deliberações da Diretoria poderão ser vetadas pelo Presidente e levadas à consideração do Ministro da Fazenda”, exemplo típico de *recurso hierárquico impróprio*. O art. 20 do estatuto da ECEX, aprovado pelo D. 73.165/73, dispõe que “a remuneração dos Diretores será fixada pelo Ministro dos Transportes”.

Quanto ao controle das empresas governamentais pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, estatui o art. 7.º da L. 6.223, de 14-7-75 (que dispôs sobre a fiscalização financeira e orçamentária da União pelo Congresso Nacional), com a redação da L. 6.525, de 11-4-78, que “as entidades com personalidade jurídica de direito privado, de cujo capital a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município ou qualquer entidade da respectiva administração indireta seja detentor da totalidade ou da maioria das ações ordinárias, ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo”. O § 1.º esclarece que a fiscalização prevista neste artigo respeitará as peculiaridades de funcionamento

da entidade, limitando-se a verificar a exatidão das contas e a legitimidade dos atos, e levará em conta os seus objetivos, natureza empresarial e operação segundo os métodos do setor privado da economia. O § 2.º veda a imposição de normas não previstas na legislação geral ou específica. O § 3.º estabelece que a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município ou entidade da respectiva administração indireta que participa do capital de empresa privada detendo apenas a metade ou a minoria das ações ordinárias exercerá o direito de fiscalização assegurado ao acionista minoritário pela Lei das Sociedades por Ações, não constituindo aquela participação motivo da fiscalização prevista no *caput* do artigo.

Aliás, o art. 45 da CF prescreve que “a lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos Atos do Poder Executivo, inclusive os da Administração Indireta”. O preceito é reproduzido nas Constituições Estaduais, em favor da atuação da respectiva Assembléia Legislativa.

Sistema interessante de controle foi previsto para COHAB-GB: do Conselho Diretor participavam um diretor representante da Oposição Parlamentar e um representante dos empregados. O art. 95 da Constituição da antiga Guanabara autorizava a lei a prever a participação de um representante dos empregados e um da oposição, na gestão das sociedades de economia mista, salvo naquelas que estivessem sujeitas, por lei federal, à fiscalização e controle das autoridades monetárias federais. A participação seria “regulada nos estatutos das referidas sociedades de economia mista”.

Há de sublinhar-se, ademais, que há o controle do detentor majoritário ou único do capital, nesta qualidade, com os poderes que lhe são inerentes.

Outrossim, o *Conselho de Desenvolvimento Econômico*, órgão da Presidência da República, tem exercido controle regulamentar, estabelecendo, por exemplo, os limites máximos de remuneração dos dirigentes governamentais (cf. Deliberação públ. in DOU de 6-8-76).

Através de decretos a Chefia do Executivo Federal, tem, igualmente, estabelecido normas sobre os mais diferentes assuntos (restrições à importação, seguros de bens etc.).

Recentemente, foi editado o Decreto n.º 84.128, de 29-10-79, que conferiu amplos poderes, na matéria, ao Ministro do Planejamento, criando inclusive, para fins de controle, um conceito latíssimo de *empresa estatal*. Com efeito, cuspõe o art. 2.º, e seu p. único:

“Art. 2.º — Consideram-se empresas estatais, para os fins deste Decreto:

I — empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e todas as empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União;

II — autarquias e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público;

III — órgãos autônomos da Administração Direta (Decreto-lei n.º 200/67, art. 172).

Parágrafo único — Poderão ser equiparadas às empresas estatais, para efeito do controle governamental de que trata o presente Decreto, as entidades e organizações de direito privado, que recebem contribuições parafiscais ou transferências do Orçamento da União e prestem serviços de interesse público ou

social, observado o disposto no artigo 183 do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no Decreto-lei n.º 772, de 19 de agosto de 1969.”

Foi criada a *Secretaria de Controle das Empresas Estatais* (SEST), integrante da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, e órgão central do Subsistema de controle de recursos e dispêndios das empresas estatais, do *Sistema de Planejamento Federal*.

A SEST (art. 4.º) coordena atividades das empresas estatais, acompanha-lhe a gestão, participa da fixação de preços e tarifas, propõe critérios de reajustamento de remuneração de dirigentes, manifesta-se sobre aumento de capital etc.

É de lembrar-se, ainda, o disposto no art. 205 da CF, que exclui da apreciação jurisdicional as questões entre as empresas estatais e a respectiva Administração Direta.

13.3. *Outros aspectos das empresas governamentais* — Os que estudam e vivem as empresas governamentais assinalam, ainda, outros aspectos jurídicos relevantes às mesmas pertinentes.

Assim é que cuidam da *responsabilidade civil* das empresas em pauta perante terceiros, que não é a do art. 107 da CF, o qual, alude, especificamente, a *pessoas jurídicas de direito público*.

O regime é o de direito comum, já que o art. 170, § 2.º, da CF, conforme foi assinalado, submete empresas públicas e sociedades mistas ao direito das obrigações aplicáveis às empresas privadas.

Já tratamos da *responsabilidade subsidiária* do Poder Público; da penhorabilidade e executoriedade dos bens das empresas governamentais, e sua não-sujeição à falência, nos termos da nova Lei das Sociedades Anônimas. Como a *empresa pública* pode ter índole civil, parece-nos que, neste caso, não estará ela sujeita ao *processo de execução contra devedor insolvente* (arts. 748 e s. do CPC), que não se aplicará, tampouco, como sucedâneo da *falência* para as sociedades de economia mista.

O pessoal é constituído de *dirigentes (ocupantes dos órgãos)* e *prepostos* (dos ofícios), com regime jurídico regido, conforme o caso, pelo Direito Comercial ou pelo Direito do Trabalho, com incidência do Direito Público, como no que respeita à acumulação de funções (art. 99, § 2.º, da CF).

São *servidores públicos “lato sensu”*, como se vê pela redação do art. 104, da CF.

A legislação costuma dispensar a licitação, quando o co-contratante é *empresa governamental* (cf. 126, § 2.º, f, do D.1. 200/67). Parece-nos que, não se tratando de caso de *monopólio*, dispositivos da espécie contrariam o estatuído pelo art. 170, e seus §§, da CF, havendo, outrossim, a Administração Direta a pagar mais.

Quando a empresa paraestatal presta serviço público, o que só pode fazer como delegatária, por via legislativa, concessionária ou permissionária de atividade pública — o preço de sua remuneração é fixado pelo Poder Público, pois que constitui *tarifa*.

O poder regulamentar e o poder de polícia são, tipicamente, parcelas indelegáveis da função administrativa e não, apenas, de uma atividade administrativa. É de se questionar, portanto, a legitimidade de entidades paraestatais exercerem tal poder.

As empresas públicas federais têm justiça própria (cf. arts. 10 e 125, I e IV, da CF), e as entidades paraestatais locais têm, em geral, a prerrogativa do Juízo da Fazenda Pública.

13.4. *Regime tributário das empresas governamentais* — A CF, como já salientamos, prescreve, em seu art. 170, § 3.º, que “a empresa pública que explora atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas”. Esclarece MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (*Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 3 : 208) que “a igualdade de regime, conquanto o texto aqui não seja expresso, abrange a sociedade de economia mista, que são pessoas jurídicas de direito privado. Aqui não se mencionou esta situação por ser óbvia tal conclusão. De fato, como sociedades de direito privado, a elas não se poderia dar tratamento tributário diverso daquele a que estão sujeitas as demais empresas também pessoas de direito privado cujo controle pertence ao particular”.

A própria CF, no art. 19, § 2.º, permite que a União, mediante lei complementar, e atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, venha a conceder isenções de impostos estaduais e municipais. A L. Compl. 6, de 30-6-70, concedeu à CEF isenção de impostos federais e locais. É claro que as empresas governamentais poderão vir a ser beneficiadas com isenções ditas *objetivas*, ou seja, as que não visam a favorecer pessoas, mas, atividades.

14. *Extinção das empresas governamentais* — Exige, tal como sua criação, a participação de lei formal, e se fará de acordo com a legislação geral ou específica pertinente. Lembramos o disposto no art. 178 do D.1. 200/67, segundo o qual as “empresas ou sociedades em que a União detenha a maioria ou a totalidade do capital votante, e que acusem a ocorrência de prejuízo continuado, poderão ser liquidadas ou incorporadas a outras entidades por ato do Poder Executivo, respeitadas os direitos assegurados aos eventuais acionistas minoritários, se houver, nas leis e atos constitutivos de cada entidade”.

O D. 76.149, de 22-8-75, autorizou o Ministério do Interior a proceder à liquidação do Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SERFHAU).

15. *O IRB como sociedade de economia mista* — O Instituto de Resseguros, do Brasil (IRB) tem seu capital dividido entre as entidades de previdência social, acionista classe “A” (cinquenta por cento) — e as sociedades seguradoras — acionistas classe “B” (cinquenta por cento). Sua administração é constituída pela Presidência (seu titular é nomeado pelo Presidente da República), por um Conselho Técnico e por um Conselho Fiscal. Não há, propriamente, uma assembleia-geral, mas os dois últimos órgãos são constituídos de representantes das duas classes de acionistas, sendo os dos da classe A nomeados pelo Presidente da República, e os dos da classe B, pelas próprias sociedades seguradoras, através de escrutínio, em que cada uma tem direito a um voto.

16. *Males das empresas governamentais* — Na prática, as empresas governamentais apresentam-se, muitas vezes, com problemas graves. De um

lado, o domínio por parte da Administração Direta, de outro, vícios de burocratização, que perturbam sua feição empresarial. Há, ainda, os que querem para elas as vantagens de empresa privada e de Poder Público, frustrando-se, assim, as prescrições do art. 170 da CF.

17. *Campo de atuação* — Cabe salientar que das 20 maiores empresas brasileiras a maioria é governamental, sendo a principal o Banco do Brasil, seguido da PETROBRÁS.

Do capital das seis mil maiores empresas urbanas do País cerca de 46% são estatais. É certo, porém, que de 85 ramos de atividades econômica o Estado encontra-se ausente em 43 deles, concentrando-se sua atuação, em mais de 90%, nos setores de energia elétrica, telecomunicações, petróleo, bancos comerciais e de desenvolvimento, caixas econômicas, ferrovias, siderúrgicas, mineração e serviços públicos de água, saneamento e gás.

O CONTROLE DAS EMPRESAS ESTATAIS(*)

SÉRGIO FERRAZ
Professor de Direito da PUC — RJ

- 1 — Atividade Empresarial do Estado
 - a) Justificação
 - b) Moldura Constitucional
 - c) Tipologia Legal
- 2 — O Controle da Administração
 - a) Justificação
 - b) Conceito
 - c) Tipos e Formas
 - d) Controle e Administração Indireta
- 2.1 — Controle Parlamentar
 - a) Seus Objetivos
 - b) A natureza jurídica dos atos de gestão dos administradores de empresas estatais
 - c) A Lei 6.223, de 1975, e a competência constitucional do Tribunal de Contas
 - d) O artigo 45 da Constituição Federal

* Conferência proferida em Bogotá, julho de 1978, no 1.º Curso Internacional de Direito Administrativo, aditada das últimas leis sobre o assunto.

2.2 — Controle Administrativo

2.3 — Controle Judicial

2.4 — Controle Societário

a) A Lei 6.404, de 1976 e a empresa estatal

b) Sistemas de controle

3 — Conclusões

1-A. A aceitação do papel intervencionista do Estado, na economia privada, constitui o ponto de partida para o aparecimento de uma nova atividade estatal, ao lado das que, classicamente, a ciência política e o direito público lhe haviam reconhecido — a atividade empresarial.

Não está em jogo, neste momento, dizer a respeito das vantagens, éticas ou econômicas, desse novo fenômeno político-jurídico.

Nossa finalidade é surpreender como esse modelo está delimitado no direito brasileiro e que mecanismos de controle existem, para que a moldura não seja ultrapassada.

É sabido que as alterações historicamente verificáveis nos sistemas sociais, com as correspondentes reformulações das estruturas econômicas e políticas, impeliram o Estado a, crescentemente, intervir na ordem privada e nela atuar, até mesmo para mais eficazmente garantir a realização de suas finalidades e, mesmo, assegurar sua própria sobrevivência*. Os excessos do liberalismo econômico haviam engendrado o nascimento do Estado intervencionista. As exigências sociais das populações, a urbanização desenfreada, o surgimento de novas formas de relacionamento econômico condicionaram, e até mais, induziram esse papel intervencionista. A início, tal intervenção limitou-se a um caráter tuitivo, expresso na repressão à exploração do operariado, hipossuficiente economicamente, pelo patronato. Aos poucos, sem abandonar essa meta (que é, aliás, nascedouro do Direito do Trabalho), foi sendo sofisticada a intervenção. Como segundo passo, voltou o Estado as vistas para os serviços públicos, em relação aos quais gradativamente mais exigente a coletividade. Essa intervenção, limitada de início a um papel essencialmente regulador — daí o florescimento das concessões de serviço público — evoluiu naturalmente para a prestação, pelo próprio Estado, de tais serviços. Na raiz dessa evolução encontramos um dado político-econômico de relevo, que pode ter seus elementos assim esquematicamente sumarizados:

a) os serviços públicos, de regra, exigem grandes investimentos e "know-how";

b) possuidores de tais atributos são grandes empresas alienígenas, que, em maior ou menor grau, impedem o desenvolvimento de uma tecnologia nacional e drenam parcela da economia nacional para o exterior.

A falta de uma tradição econômica privada nesses setores, e tendo em vista a força política das empresas concessionárias (frequentemente sustentadas pelo Estado de sua origem), a independência nacional, aqui, só pode ser obtida com a intervenção estatal. E como reclamo de sua viabilidade, que só se concre-

* Cotrim Neto, "Direito Administrativo da Autarquia", pág. 20.

tiza quando o serviço é eficazmente prestado, adota o Estado, nesses cometimentos, por mimetismo inevitável, as formas empresariais do adversário descartado, até em face da maior agilidade das estruturas privadas, quando confrontadas com os sistemas administrativos públicos tradicionais.

Como última etapa dessa evolução, o Estado, já afeito às formas empresariais, passa a atuar em outros campos econômicos que não os dos serviços públicos. É a etapa presente do fenômeno, a mais avançada, sem dúvida; mas também a mais suscetível de ensejar abusos, com o Estado, sem se despir de todos os seus atributos, concorrendo deslealmente, assumindo um gigantismo econômico que vem de mãos dadas com um gigantismo político.

1. B. A Constituição Brasileira, em seu artigo 170, reza:

“As empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar a atividade econômica”.

E a definição é reforçada no parágrafo 1.º:

“Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”.

Essa definição político-econômica da Constituição Brasileira é de cristalina clareza, e fixa dois pressupostos:

a) A atividade empresarial do Estado, quando vise a prestação de serviços públicos, é sempre legítima, pois que a realização de tais serviços constitui uma das funções essenciais do Estado;

b) A atividade empresarial econômica, isto é, com objetivo de lucro, só é permitida ao Estado com o já aludido caráter suplementar; esta supletividade por seu turno delimitada por outro preceito constitucional (artigo 163) a duas situações — atividades que digam respeito à segurança nacional, ou atividades que se desenvolvem em setores nos quais a economia privada não esteja interessada ou atue sem eficácia para a sociedade.

O acabamento da moldura constitucional se fez nos parágrafos 2.º e 3.º do artigo 170. impondo ao Estado, quando atua empresarialmente no domínio econômico, submissão às normas jurídicas que se aplicam às empresas de particulares.

1. C. Advirta-se, de início, que a tipologia legal das empresas estatais (ou governamentais) no Brasil é muito menos rica do que, por exemplo, na Argentina ou na Colômbia.

No Brasil, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e as Autarquias compõem a Administração Indireta, conforme estabelece o Decreto-Lei n.º 200/67, Art. 4.º, item II, constituindo importantes instrumentos de ação do Governo, quer no campo econômico, industrial, como no dos serviços públicos em geral.

A Administração Pública é um sistema de órgãos, através dos quais o Governo presta serviços públicos e intervém no domínio econômico. Ela pode ser de duas espécies: direta e indireta. Na Administração Direta, a Administração Pública presta o serviço público, por intermédio dos órgãos do Governo e obedece a um sistema rígido de controle. Na Administração Indireta, a Administração Pública transfere a outro órgão a execução de determinados serviços,

órgãos esses criados por lei com personalidade jurídica própria, e certa autonomia de ação.

O artigo 5.º do Decreto-Lei Federal n.º 200 define assim as entidades de administração indireta:

I — AUTARQUIA — o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica de direito público, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

II — EMPRESA PÚBLICA — A entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por Lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III — SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — A entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou à entidade da Administração Indireta.

2. A. B. C. O controle da Administração é um imperativo decorrente de um dos seus princípios basilares — o da moralidade.

Não só os Administradores são, na sua camada, precipuamente política, indicados pelos Administrados (e o controle, exercido por outros representantes da coletividade, representa uma forma de prestação de contas e de atividades), como ainda, as atividades estatais se realizam com dinheiros arrecadados do povo, *com finalidade específica a legitimar o fato* — sua aplicação do interesse público. Ademais disso a Administração há de pautar-se pelo critério da legalidade e da eficácia, ambos também necessariamente sujeitos a controle. Daí a existência de vários tipos de controle da Administração, como tal se entendendo a atividade de pessoas ou entes, a tanto reconhecidos como capazes pelo ordenamento jurídico, para examinar se a atividade do agente público se conformou aos princípios da legalidade, eficácia e moralidade administrativas.

Os diversos escopos desse controle fundam a existência de modalidades: controle judicial, parlamentar e administrativo. E, dentro dessas modalidades, encontramos os sub-tipos. Assim, se verdade que o controle judicial é apenas um exame de legalidade, o parlamentar pode ser de eficácia e de moralidade (controle das contas); o administrativo, é, também, múltiplo, abrangendo eficácia (controle político, hierárquico) e moralidade (controle das contas).

2. D. Onde o tema passa a ganhar dificuldade é quando nele se encaram as empresas estatais concebidas, como antes vimos, como pessoas jurídicas de direito privado. Para isso torna-se necessário, agora, breve digressão sobre a efetiva natureza jurídica dessas entidades.

A expressão *personalidade* encerra significativa figuração de um fenômeno: a imputação a alguém (físico ou ideal) de uma capacidade para aquisição e exercício de direitos e assunção de obrigações. Pouco importa se se trata de uma autarquia ou de um indivíduo — só será *pessoa* de Direito se a ordem jurídica lhe reconhecer a aludida capacidade.

A distinção entre personalidade pública e privada não pode ser apenas rotular, caso em que careceria de utilidade e, portanto, de sentido lógico. Sob pena de ter de ser abandonada a distinção, é necessário que em seu conteúdo surpreendamos peculiaridades. O tema tem sido, já, tratado por mãos de mestres. E tem-se admitido que a personalidade de direito público implica à adoção de um regime de Direito Público para reger as relações da pessoa. E esse regime tem como nota diacrítica marcante a supremacia do interesse público, por definição *indisponível*.*

As empresas estatais, no diâmetro de atuação que lhes reserva a Constituição Brasileira, são instrumentos de *atividades estatais* e, por isso, públicas — isto é, sua precípua finalidade é o interesse público, e não o lucro (não que o lucro seja indesejável até porque, por vezes, ele é a própria garantia da prossecução dos fins públicos). Esse diâmetro de atuação verifica-se, com poucas variantes, também, por exemplo, na França e na Itália. Medeiam ali, portanto, as mesmas perplexidades que nos assaltam. A atividade é estatal, mas a roupagem é privada. Daí caminhar-se, cada vez mais, para a conclusão de que, independentemente da opção do decreto-lei federal n.º 200 (que, como se lembra, atribui personalidades privadas às empresas do Estado), tais entes são pessoas jurídicas com personalidade híbrida atuando ora com capacidade de direito público, ora de direito privado.

Como instrumento de atividade administrativa, essas empresas lidam com recursos públicos. Outrossim, celebram contratos com fornecedores ou consumidores e agenciam servidores. A constatação dessas realidades e a lembrança do princípio de isonomia (Constituição Federal, art. 153, parágrafo 1.º: “Todos são iguais perante a lei...”) já permite lançar, em antecipação, algumas linhas básicas:

a) No campo da competição econômica, as empresas estatais se regem primordialmente pelo direito privado (art. 170);

b) Como instrumentos da atividade administrativa, estão sujeitas às formas e modalidades de controle a que sujeita a Administração desde que não impliquem à supressão do próprio modelo empresarial.

2.1.A. No tocante ao controle, tanto as Sociedades de Economia Mista, como as Empresas Públicas, no Brasil, estão sujeitas aos três tipos de controles: Parlamentar (Constituição Federal, arts. 45 e 70); Administrativo (Decreto-Lei n.º 200-67, arts. 19/20, 25/27 — através da supervisão ministerial, externa, e por meio dos controles internos, previstos nos Estatutos, por meio dos órgãos da empresa — Conselhos Fiscais, Assembléias Gerais e Órgãos de Auditoria); e Judicial (art. 153, § 4.º da Constituição Federal, quanto ao aspecto de legalidade).

O Controle Parlamentar é exercido exclusivamente pelo Poder Legislativo, sob o duplo aspecto da legalidade e da conveniência pública.

O Controle Administrativo, que se apresenta sob várias formas e pode ser exercido por vários órgãos, é um controle de legalidade, conveniência e efi-

* Bandeira de Mello, Celso Antônio; “Natureza e Regime Jurídico das Autarquias”, págs. 234/356.

ciência, que o Poder Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas de sua realização, a fim de que a atividade pública alcance a sua finalidade, qual seja a de pleno atendimento dos interesses coletivos a cargo da administração em geral.

O Controle Judicial é da competência exclusiva do Poder Judiciário e se restringe ao exame da legalidade dos atos administrativos.

O Poder Legislativo dispõe de prerrogativas constitucionais para exercer o controle parlamentar, que se desenvolve sobretudo no que diz respeito ao controle orçamentário e financeiro, consoante o disposto no art. 70 e parágrafos da Constituição Federal.

A Fiscalização Financeira e orçamentária da União, de acordo com nossa Carta Magna, é exercida, mediante controle externo pelo Congresso Nacional e pelos sistemas de controle externo pelo Congresso Nacional e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por Lei.

O controle externo do Congresso Nacional é desempenhado com o auxílio do Tribunal de Contas, considerado seu órgão auxiliar, para efeito de apreciação das contas do Presidente da República, desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, "bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos".

Aplica-se o controle externo de fiscalização financeira e orçamentária também à Administração Indireta, conforme dispõem o Decreto-Lei n.º 199/67, Lei n.º 6.223/75, e Constituição Federal, em seu artigo 70, § 1.º.

Tendo em vista que o controle externo se realiza tendo por base o controle interno dos órgãos, é conveniente estabelecer-se a distinção entre ambos. O controle interno é exercido pelo Poder Executivo, visando a criação de condições indispensáveis à eficácia do controle externo e assegurando a regularidade da realização da despesa e receita. Acompanha a execução de programas de trabalho e orçamento e avalia os resultados alcançados pelos administradores, bem como a verificada execução dos contratos. O controle externo tem em vista verificar a probidade da administração, a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos e o cumprimento da Lei do Orçamento, apresentando-se sob vários aspectos: político, legal, contábil e financeiro. Mas é sempre exercido *a posteriori*.

Lembre-se que no Brasil não adotamos o modelo norte-americano do controle das contas públicas (um controlador, unipessoal, designado por largo tempo). É da nossa mais antiga tradição o sistema franco-italiano das cortes de contas. Sua situação topográfica, no plano constitucional, freqüentemente foi alvo de dúvidas e discussões. Mas a Constituição vigente optou por alocá-la no Poder Legislativo, como órgão auxiliar do Congresso Nacional.

2.1.B. Puseram-se dúvidas recentemente, no Brasil, quanto à sobrevivência do controle público das contas dos administradores das empresas estatais. Isso porque, em texto infeliz, a nova Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976) dispôs, em seu artigo 238:

"A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador, mas *poderá* orientar as ati-

vidades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou sua criação”.

Não faltaram autores que, a partir daí, pretenderam ver nos atos de gestão, do administrador dessas entidades, simples atividade comercial, diretamente voltada ao lucro, que poderia sobrepor-se, inclusive, aos interesses públicos que haviam ditado a criação do ente. Como corolário:

a) Tais atos de gestão seriam meros atos comerciais, jamais atos administrativos; e,

b) Por conseguinte, saindo da órbita do Direito Administrativo, não estavam mais sujeitos nos sistemas de controle da Administração Pública.*

Ainda quando da literalidade desse preceito da Lei das S.A., mesmo que legítimo fora, se pudesse tirar tal ilação (e não se pode, *data venia*, pois a orientação precipuamente privada não elidiria o fato de lidar a entidade com recursos públicos), não haveria como sustentar sua validade sistemática, pois a Constituição Federal, reza claramente, no parágrafo 1.º do seu artigo 70:

“O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de Auditoria Financeira e orçamentária, *bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos*”.

Entretanto, dada a amplitude que o controle financeiro e orçamentário da Administração Indireta envolve, bem como as peculiaridades de direito público e privado, certamente que não pode ser idêntico ao da Administração Direta, como bem observa CAIO TÁCITO, lembrando que “a lei pode criar órgãos destinados a auxiliá-lo (ao Tribunal de Contas) “no exercício de suas funções e na descentralização de seus trabalhos”, conforme dispõe o art. 72, § 2.º da Constituição Federal. Isto porque, o regime de controle financeiro das empresas estatais deve conciliar o princípio constitucional amplo do julgamento das contas de todos os responsáveis por bens e valores públicos (C. F. art. 70, § 1.º) com o igualmente constitucional, segundo o qual as empresas públicas e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas. (C. F. art. 170, § 2.º).

2.1.C. Enfatize-se, outra vez: esse controle há de ser processado *a posteriori*, sem intervenções continuadas, que acabariam por autarquizar tais entidades, inviabilizando a realização dos objetivos que seu modelo teria pretendido agilizar. Nesse sentido, e já agora sabiamente, o legislador dispôs, no artigo 7.º da Lei 6.223, de 14.7.75:

“As entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, cujo capital pertença, exclusiva ou majoritariamente à União, ao Estado, ao Distrito Federal, a Município, ou a qualquer entidade da respectiva administração indireta, ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo.

* Ribeiro Filho, José Carlos; “O Tribunal de Contas e as Companhias de Economia Mista”, págs. 13/15).

§ 1.º — A fiscalização prevista neste artigo respeitará as peculiaridades de funcionamento da entidade, limitando-se a verificar a exatidão das contas e a legitimidade dos atos, e levará em conta os seus objetivos, natureza empresarial e operação segundo os métodos do setor privado da economia”.

Merecem referência, no texto transcrito, duas cláusulas. A primeira é vestibular, referindo *entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado*; está a demonstrar a perplexidade que o tema da veraz natureza jurídica dessas entidades suscita, não vacilando o legislador em classificá-las como públicas, não obstante o atributo que o decreto-lei 200 conferiu a suas personalidades. A segunda é a final, que menciona o controle das entidades, pelo Poder Executivo. Trata-se do tema do controle administrativo, a ser em seguida estudado.

A Lei 6.525, de 11.4.78, alterou o retro transcrito artigo 7.º, sem, contudo, operar qualquer modificação no ponto sob exame.

2.1.D. Saliente-se a existência no texto constitucional de regra que discrepa dessas balizas até aqui assentadas. Trata-se do artigo 45, que determina assim:

“A lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta”.

A lei em causa ainda não existe. Mas é inequívoco que falando em *fiscalização*, como atividade autônoma das demais de controle, já existentes e reguladas, o texto constitucional tem em vista um acompanhamento, *pari passu*, da atividade administrativa, com vistas à eficiência e legalidade. No que pertine à administração por via empresarial a lei, se vier a ser baixada, terá de ser extremamente cautelosa: se assim não for, estarão criados, tais empecilhos, à atividade empresarial que esta se comportará tão lentamente quanto os órgãos públicos ortodoxos, tornando inexplicáveis as adoções das formas privadas de gestão.

Por último, destaque-se que para muitas empresas públicas brasileiras o tema do controle parlamentar se expõe sem complexidades, eis que as próprias leis, que as criaram, já as jungiram, de início, à competência fiscalizadora dos Tribunais de Contas.

2.2. O decreto-lei federal n.º 200 determina, em seu artigo 19, que as sociedades de economia mista e empresa públicas estão vinculadas ao Ministério de Estado materialmente responsável pelo tipo de atividade a que dedicada a empresa.

O controle administrativo exerce-se: 1.º — pelos próprios órgãos internos da Administração (controle hierárquico propriamente dito); 2.º — por órgãos externos incumbidos do julgamento dos recursos (Tribunais Administrativos) ou das apurações de irregularidades funcionais (órgãos correccionais). Todos esses controles podem ser:

- a) preventivos — pelos quais se estabelecem formalidades e exames prévios dos atos administrativos para adquirir eficácia e operatividade;
- b) sucessivos — pelos quais se acompanha a formação dos atos e
- c) corretivos — através dos quais se corrigem os atos defeituosos e ilegítimos.

Através da supervisão ministerial, assegura-se, nos termos da citada lei, a ordenação, controle, e coordenação e correção da atividade administrativa. Ela se exerce de ofício ou mediante provocação dos interessados.

Enquadrando-se a atividade empresarial do Estado como instrumento de sua atuação, seria submeter a finalidade à forma de permitir que, criada a entidade, atuasse ela sem visão dos problemas e diretrizes governamentais globais, traçados para o setor de atividade em que a empresa atuará. Daí a alocação da empresa estatal em um dos Ministérios do Estado, entendidos estes como as repartições maiores, especializadas, do Estado, para execução de cada um dos ramos da atividade governamental. Como nas empresas estatais a posição acionária do Estado lhe garante a designação dos principais gestores — e como, é curial, sua designação recai em pessoas da confiança do governo — de regra o controle administrativo se exerce sem percalços ou impasses. Mas como a mente humana é insondável, não é impensável a atuação de um gestor divorciado dos ditames globais; ou de um gestor que, apesar da confiança, se verificasse inepto. Em tais casos, tem a Administração Direta condições de intervenção, para reconduzir o desviante aos rumos traçados (além de, é claro, poder provocar a deposição do Administrador incapaz ou infiel). Esse controle de mérito não é o campo único, porém, da supervisão ministerial. Como a administração pública está condicionada pelo princípio da legalidade, a qualquer ilicitude deverá corresponder uma vigilante atuação hierárquica de controle.

A par da atuação *ex officio*, pode o controle administrativo ser provocado por quem tenha conhecimento de ilicitudes ou ineficácias. Para tanto, além das impugnações e recursos administrativos, que o decreto-lei n.º 200 e a legislação complementar prevêem — e que, de regra, só são facultados a quem tenha tido interesse próprio violado ou não considerado — existe o direito constitucional de petição, em razão do qual qualquer cidadão está, em princípio, legitimado a deflagrar a atuação hierárquica corretiva ou reguladora, tanto no plano da legalidade, quanto no da conveniência.

A todas essas fórmulas haveria ainda que somar-se outro instrumento de controle administrativo.

O Decreto 84.353, de 29.10.79, criou a Secretaria de Controle de Empresas Estatais. A gama de atribuições, deferida à Secretaria, não apenas de muito ultrapassa a extensão de qualquer controle, antes existente, como, com frequência inusitada, infringe gravemente a Constituição. Isso ocorre, destacadamente, quando:

a) no inciso III, do artigo 4.º, atribui-se à Secretaria e ao Presidente da República competência para ditar os dispêndios globais dessas empresas, o que significa, dentre outros dados, seus investimentos e despesas correntes;

b) no inciso IV, do mesmo artigo, à Secretaria se dá poderes de acompanhamento da gestão das empresas, no tocante ao mérito da atividade;

c) no inciso V, admite-se sua interferência na elaboração de escala de prioridades de projetos ou programas das empresas, inclusive dos Estados, Distrito Federal, Municípios e Territórios;

d) no inciso VII, transfere-se à Secretaria e ao Presidente da República atribuição de ditar remuneração dos dirigentes das empresas;

e) nos incisos VIII e IX, novamente se atribui à Secretaria e ao Presidente da República aptidão para fixar despesas das empresas estatais;

f) no inciso X, chega-se a admitir que a Secretaria tenha intromissão na determinação dos dividendos que as empresas venham a distribuir.

2.3. Como o Poder Administrativo não tem função judicante, é em última análise, ao Poder Judiciário que compete apreciar o aspecto da legalidade.

Trata-se do sistema de jurisdição única adotado pelo nosso país, ou seja, as decisões administrativas ou pronunciamentos da chamada justiça administrativa não são, pois, conclusivos; os particulares podem sempre recorrer ao Judiciário, se se julgarem lesados pela prática de um ato administrativo, a fim de obterem a revisão da decisão administrativa, através de um último controle, o da legalidade.

É preciso ressaltar que nossa Constituição prevê contencioso administrativo, ainda não implementado.

Ao sistema administrativo de jurisdição única contrapõe-se o chamado "sistema do contencioso administrativo, ou de dúplice jurisdição", no qual os conflitos entre os particulares e a administração pública são por esta mesma resolvidos em definitivo.

Para obter a invalidação de ato administrativo ilegítimo, a parte interessada poderá valer-se do procedimento judicial comum (ação ordinária), ou de meios especiais, adequados à defesa de direitos individuais (mandado de segurança, interditos possessórios, etc.) ou à preservação do patrimônio público lesado pela própria Administração (Ação popular).

Observe-se que, tal como ocorria quanto à provocação do controle administrativo, os remédios judiciais se bipartem, no tocante à iniciativa. De regra, as ações judiciais, ordinárias ou especiais, incumbem a quem tenha tido direito individual violado pela administração. Mas a ação popular, de fulcro constitucional, é exercitável por qualquer cidadão que tome conhecimento de ato administrativo lesivo ao patrimônio público. Seus objetivos são o desfazimento da ilicitude e a recomposição, pelo agente malversador, do dano causado ao erário.

2.4.A. Por derradeiro, examinaremos, agora, a modalidade que denominamos controle societário.

Como antes foi exposto, as sociedades de economia mista deverão, no Brasil, revestir a forma de sociedades anônimas. Quanto às empresas públicas, em sentido estrito, o decreto-lei 200 afirma que poderão ter qualquer das formas previstas nas leis comerciais. Mas na quase centena das existentes, sempre se escolheu o tipo *sociedade anônima*. É dificilmente não será assim, eis que esta sociedade é o modelo mais adaptável às peculiaridades e necessidades da grande empresa capitalista — e, por imperativos, até genéricos, a empresa pública há de ser sempre uma grande empresa.

Como antes foi assinalado, desde 1976 há no Brasil uma nova lei de sociedades anônimas. Quer pelas diretrizes que o governo imprimiu à sua elaboração, quer pelas características profissionais dos principais juristas incumbidos

de sua feitura, a nova lei partiu do modelo da grande empresa, com vocação internacional ou multinacionalizante. Não foi por outra razão que algumas das mais autorizadas vozes se levantaram contra a capitulação, no bojo da lei, regras pertinentes à empresa estatal. Essa foi, também, a postura da Ordem dos Advogados do Brasil. Tudo foi em vão. Mas vãos não eram os receios. Ma explicitamente, o receio fundamental era o de que, na ânsia de se prestigiar empresa, e a empresa estrangeira em particular, se superpusesse à vocação de direito administrativo, que deve tipificar essas entidades, a preocupação do lucro E, como se viu, foi o que se intentou fazer, no seu famigerado artigo 238, já antes transcrito.

2.4.B. Mas "*legem habemus*". E o que não for contrário à matriz constitucional, nem à lógica mínima dos fatos, há de ser aplicado (faça-se uma advertência: a lei 6.404 só se refere, expressamente, "às sociedades de economia mista"; mas tratando basicamente das sociedades anônimas, forma adotada sempre pelas empresas públicas, em senso estrito, ao menos até aqui, tem-se entendido como a estas entidades aplicáveis, suas regras).

A lei 6.404 assegura aos acionistas, independentemente da expressão quantitativa de sua participação, direito de fiscalizar a gestão social (artigo 109, III). Pode ele, observadas as condições ditadas na lei, provocar a convocação de assembléia de acionistas, acionar administrador que entende ímprobo (ainda que a assembléia geral tenha deliberado pela proibidade), exigir atuação do Conselho Fiscal e demandar explicações fundadas sobre os atos de gestão. Claro que tais atribuições, ao menos politicamente, carecem de relevo na empresa pública, onde todos os sócios são entes administrativos (não sendo contudo impen-sável, conquanto incomum, divergência profunda entre eles). Mas na sociedade de economia mista, em que, por definição legal, os particulares são acionistas minoritários, o sistema referido é de grande alcance, abrangendo licitude, e conveniência — configurando por isso, verdadeira fórmula nova de controle das empresas estatais. Além disso, têm, presentemente, os Conselhos Fiscais tarefas de profundidade no campo do controle da sanidade da gestão empresarial.

3. A visão que elaboramos do direito brasileiro, sobre a matéria, está, embora sumária, completada. Ela permite o assentamento de algumas conclusões. A primeira delas é a de que há mecanismos de controle da atuação das empresas estatais. Mecanismos variados, distribuídos pelos diferentes Poderes de Estado; controle de legalidade e de mérito; controles de acompanhamento e controles *a posteriori*; controles externos e internos; controles públicos e privados; controles técnicos e políticos; controles comerciais e administrativos. Em suma, as preocupações de legalidade, de moralidade, e de eficácia estão atendidas por copiosa legislação e que tem, diga-se de passagem, funcionado, até aqui, a relação conteúdo. E ainda há, em potência, o controle que advirá da regulamentação que, um dia, se venha a propor para o artigo 45, da Constituição Federal. A segunda conclusão, que queremos sacar, é a de que há controles excessivos entre nós, no particular. E o risco da autarquização dessas entidades, com sua conseqüente destruição, não é gratuita suposição. Bem ao contrário, o que a vida administrativa brasileira registra é uma crescente timidez dos administra-

dores dessas entidades, receiosos dessa pluralidade de controles e da gravidade das sanções que o controle público pode impor. Cremos que se impõe ao legislador brasileiro meditação a respeito. Toda essa multiplicidade de controles derivou-se da desconfiança recíproca, mútua, que os escalões administrativos sentem. Em decorrência, a lei, que visa a regulação harmônica das condutas, passa a ser dirigida precipuamente para as eventuais patologias e deformações!

Se o Poder Público adota a forma empresarial, nos limites em que legalmente permitida, o controle hierárquico configurará contradição inexplicável. E que dizer da incanditável Secretaria do Controle das Empresas Estatais?

Outrossim, dificilmente o controle do artigo 45, da Constituição, deixará de ser obstáculo à fluência da vida da empresa.

O próprio controle parlamentar, quer contábil, quer de legalidade, deveria ser redimensionado. O das contas teria de limitar-se aos atos em que predominante envolvidos recursos orçamentários ou os compulsoriamente arrecadados do público. O de legalidade não teria por que se manter, se já outros meios existem para seu exercício.

Manter-se-iam, nessa perspectiva, integralmente o controle societário e o judicial (este até como garantia da existência do Estado de Direito).

Essa visão requer profundas alterações no quadro jurídico brasileiro, inclusive na moldura constitucional do tema. Mas, a não se fazer, acabaremos por ter de recorrer à imaginação e buscar novas formas dinâmicas para a atividade administrativa. Não nos esqueçamos de que a *autarquia* foi, durante duas décadas, tida como estrutura ideal para agilizar a administração pública. Mas acabou por cair em desuso, exatamente pela extensão, a ela, das peias típicas da Administração Centralizada. Pois se a lição não tiver sido aprendida, cedo nosso arsenal jurídico terá de catalogar as empresas estatais entre as peças de museu, que dia a dia se avolumam entre nós.

SÉRGIO MARTINS SOBRINHO
Desembargador, Presidente da Turma Criminal
do Egrégio Tribunal de Justiça de MS e Pre-
sidente do Tribunal Regional Eleitoral de MS

Este trabalho não se reveste de cientificidade alguma, não só porque o meu conhecimento em torno da matéria é ainda escalonado casuisticamente, em decorrência da força funcional empregada no julgamento dos recursos que sobem para o Tribunal de Justiça, como, de resto, porque não tenho pretensão assim tão grande, a ponto de ousar explicar o tema escolhido, com o requinte dos sábios.

Por isso, o título, sugestivamente, induz à conclusão, desde logo, de que se falará de pontos em torno dos tóxicos e da lei respectiva, por enfoques.

Como se vê, assim é mais fácil.

Todavia, o respeito que me oferece a honorável platéia não permitiria que aqui viesse sem um mínimo de sistematização do assunto, razão suficiente

* Conferência pronunciada pelo Des. Sérgio Martins Sobrinho, na Faculdade de Direito de Dourados, MS. A despeito de a "Revista da Procuradoria Geral do Estado" dedicar-se à publicação de colaborações jurídicas pertinentes ao Direito Público, máxime Administrativo e Constitucional, reservamos, neste número, um espaço para a divulgação de uma excelente conferência, pronunciada na Faculdade de Direito de Dourados, MS, pelo Desembargador Sérgio Martins Sobrinho, Presidente da Turma Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul, intitulada "Tóxicos e Legislação — Enfoques", não somente pelo mérito do trabalho, mas também pela atualidade e importância de que se reveste o assunto jurídico, e pelo conteúdo de interesse público e social de que é dotado.

para arrolar a leitura de minhas anotações nos seguintes parâmetros (a ordem é do livro do Dr. Vicente Grecco Filho):

1 — *Tóxicos*:

- a) conceito de toxicomania e de entorpecentes;
- b) fatores que originam a dependência;
- c) psicodinâmica do vício;
- d) combate à disseminação do vício.

2 — *Legislação específica*:

- a) prevenção (artigos 1.º a 7.º);
- b) tratamento e recuperação (artigos 8.º a 11);
- c) dos crimes e das penas (artigos 12 a 19);
- d) procedimento criminal (artigos 20 a 35);
- e) disposições gerais (artigos 36 a 47).

3 — *Conclusões*.

Se a disposição supra é da obra "Tóxicos", do ilustre promotor e mestre Vicente Grecco Filho, as explanações ou, pelo menos, várias delas, bem como alguns conceitos, são meus.

1 — **TÓXICOS**

a) *Conceito de toxicomania e de entorpecentes.*

De acordo com o meu entendimento trivial daquilo que desde menino escutava dos mais velhos, mania é o hábito, o costume, uma variante da idéia que é fixa, esquisita, tendendo porém a concepção, no uso corrente, para a conclusão de que *mania* é a conduta extravagante, excêntrica.

Qual de nós, por exemplo, já escutou alguém dizer: Fulano é maniático — corruptela, sem dúvida, da expressão maníaco, esta, por sua vez, originada de *mania*.

Pois bem, temos na palavra *toxicomania* o radical *mania*, informando, no sentido léxico, a idéia literal que deseja exprimir, ou seja, conduta iterativa de uma pessoa revelando teima ou um desejo imoderado.

Somando ao radical *tóxico* (venenoso, que contém veneno), já é possível completar o pensamento de que *toxicomania* é a conduta repetida de uma pessoa, no uso imoderado e extravagante de uma veneno.

Em sentido médico-sanitário, a Organização Mundial da Saúde define a toxicomania como um estado de intoxicação periódico ou crônico, nocivo ao indivíduo e à sociedade, pelo consumo repetido de uma droga natural ou sintética.

Da definição resultam circunstâncias marcantes, relativamente ao nefando costume:

- 1 — desejo insuperável de continuar consumindo a droga;
- 2 — necessidade de continuar consumindo e de procurar a droga;
- 3 — utilização de todos os meios, inclusive os criminosos, para dar seqüência ao consumo e à procura do psicotrópico;
- 4 — propulsão irreversível para aumentar a dose e via expressa para a ingestão de novos e mais fortes psicotrópicos;

5 — dependência física ou psíquica por causa dos efeitos das substâncias consumidas.

O essencial na compreensão do problema, por exemplo, é a nocividade para o homem e para a comunidade.

Esta é a circunstância que separa, com destaque, o uso do álcool e do cigarro da utilização de psicotrópicos.

São encontradiços defensores do consumo de drogas, especialmente da maconha, sob a alegação de que esta assemelha-se ao cigarro, sem efeitos condenáveis.

O engano, sem dúvida, contribui acentuadamente para a disseminação do vício, com enormes prejuízos não só para o usuário, como pessoa humana, resultando disto sua destruição física e moral, assim como sua anulação social, impedindo-o de produzir para si e para a comunidade.

Não é sem razão que a legislação antitóxica consigna como ponto de convergência de sua preocupação o perigo social presente em toda atividade ilícita neste campo. Exatamente porque a destruição do homem, o seu desnaturamento físico e psíquico, retiram sua capacidade de produzir, sobrecarregando, por outro lado, o próprio Estado, a que resta a obrigatoriedade de suportar o ônus do novo pária.

E o ser humano é investimento do Estado, razão pela qual tem o máximo interesse em preservar tal patrimônio.

A cannabis sativa Linneu, ou simplesmente maconha, por exemplo, produz efeitos no sistema nervoso central, excitando ou deprimindo aquele que a utiliza, segundo sua personalidade, causando-lhe ora bem-estar, excitação, exaltação, ora crises de delírio, de pânico, medo da morte, sentimento de dupla personalidade, etc.

Fisicamente, a sintomatologia aponta tremores, vertigem, zumbidos, sensação de flutuação, levando mesmo alguns à conclusão de que podem voar.

Pesquisas foram levadas a efeito no Centro de Pesquisas do Instituto Nacional de Saúde Mental de Kentucky e na Universidade de Stanford, nos Estados Unidos, com testes em seres humanos, resultando comprovada extrema semelhança entre o componente tetrahydro canabinol, da maconha, e o LSD 25, produto sintético, descoberto em 43, pelo químico suíço Albert Hofmann, de extraordinária periculosidade, podendo, não raro o LSD causar a morte.

Observações no campo odontológico, do Prof. Waldir Nesi, informam que a fumaça da maconha tinge a mucosa da boca, irritando o epitélio superficial, ao primeiro contato.

O organismo, então, para rebater a agressão, produz a chamada "inflamação defensiva" da zona de perigo, a fim de impedir a lesão, mas o uso reiterado de cigarros produz irritação constante e crescente. O epitélio, com isto, torna-se espesso e coriáceo, esbranquiçado ou branco, formando uma placa.

A irritação inicial transforma-se numa inflamação e da inflamação resulta a chamada leucoplasia, de caráter pré-canceroso.

Conforme o Dr. Robert Dupont, cientista americano, o tetrahydro cannabinol delta-9 causa danos ao cérebro e a outras partes do organismo em face de sua absorção pelos tecidos gordurosos das células.

Assim é que:

- reduz a capacidade de reprodução e divisão normal das células;
- produz efeitos danosos ao sistema respiratório;
- perturba os reflexos do indivíduo ao dirigir veículos;
- causa efeitos indesejáveis aos portadores de problemas nas coronárias;
- ocasiona malefícios ao mecanismo de produção do hormônio testosterona;
- entrava o desenvolvimento biológico dos jovens, além de lhes atingir negativamente a saúde em vários aspectos.

Com todas as implicações físicas, psíquicas, sanitárias, sociais, e econômicas, despersonalizando e limitando terrivelmente o utilizador, afirmar-se que a *cannabis* é inofensiva, a meu ver, merece atenção especial, porque nesta atividade pode estar embutida até mesmo conduta criminosa, representada pela instigação e incentivo ao consumo de drogas — passível de enquadramento penal, na figura da co-autoria.

Eis o enfoque na apreciação da idéia de *toxicomania*.

Entorpecentes

Para Di Mattel, são “venenos que agem eletivamente sobre o córtex cerebral, suscetível de promover agradável ebriedade, de serem ingeridos em doses crescentes sem determinar envenenamento agudo ou morte, mas capazes de gerar estado de necessidade tóxica, graves e perigosos distúrbios de abstinência, alterações somáticas e psíquicas profundas e progressivas” (*apud* Dr. Vicente Grecco Filho, “Tóxicos”, p. 4, Editora Saraiva, 1979).

O Dr. Hilário Veiga de Carvalho e o Dr. Marco Segre, professores em São Paulo (“Tóxicos”, Editora Jalovi, 1978, p. 49), referem-se a que substância entorpecente é a que causa torpor.

O termo entorpecente, dizem eles, aplica-se, em Farmacologia, mais especificamente às substâncias do grupo hipnoanalgésico e, entre elas, com destaque, o ópio, os seus derivados, a morfina, a codeína, a heroína, a petidina e a metadona. Entorpecente, consagrado pelo vernáculo durante décadas, abrangia a maior parte das drogas utilizadas com o fim de produzir euforia, induzindo ao vício, por dependência, no começo psíquica e depois física.

A terminologia é estreita para abranger a extensa gama de substâncias causadoras de dependência; como poucas delas se incluem como entorpecentes, a melhor solução seria o texto legal, ao invés de mencionar entorpecentes ou substâncias entorpecentes, denominá-las de psicotrópicos ou, então, simplesmente, *droga capaz de provocar dependência*.

Verifica-se, assim, a preocupação dos tratadistas do assunto, em descobrir um termo com sentido abrangente, capaz de englobar a idéia da *substância* que, na sua essência e nos seus efeitos, indique a mentalização químico-farmacológica e a respectiva atuação no ser humano, isto desde as Ordenações Filipinas.

Nestas, falava-se da proibição de ter, em casa, o rosalgar, óxido de arsênico, ou cogumelo com esse óxido, nem permitia a venda dele ou de qualquer outro veneno.

Sabe-se que uma espécie de cogumelo em forma de guarda-chuva, encontrado nos excrementos animais, contém princípio ativo toxicológico, relacionado, aliás, como substância capaz de provocar dependência.

Mas o *rosalgar*, extremamente restrito, não dava a idéia ampla de que se fala aqui.

O Código Criminal do Império não tratou deste assunto, mas o Regulamento de 29-9-1815 disciplinou-o ao tratar da polícia sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos.

Nota-se que este ordenamento policiava apenas as substâncias medicinais que pudessem causar toxicidade e, portanto, igualmente uma lembrança resumida, relativamente ao campo dos tóxicos.

Passou-se da tentativa legal do controle das substâncias medicinais e de medicamentos para a restrição da venda, ou ministração de substâncias venenosas, sem autorização ou em desacordo com os regulamentos.

Já em 1938, assentou-se o uso do termo *entorpecente*, na tentativa de fiscalização, com a edição do Decreto n.º 891, chegando até a Lei n.º 6.368/76, sob a denominação de substâncias entorpecentes.

Sem grande autoridade para discordar dos mestres no assunto, ou para propor conceitos ao redor do tema, porquanto sugerir implica obrigação de conhecer a natureza físico-química da substância tóxica, qualquer que seja ela e de seus efeitos, parece, contudo, ser a melhor terminologia — a de psicotrópicos — para denominar a gama inteira de qualquer das matérias em referência.

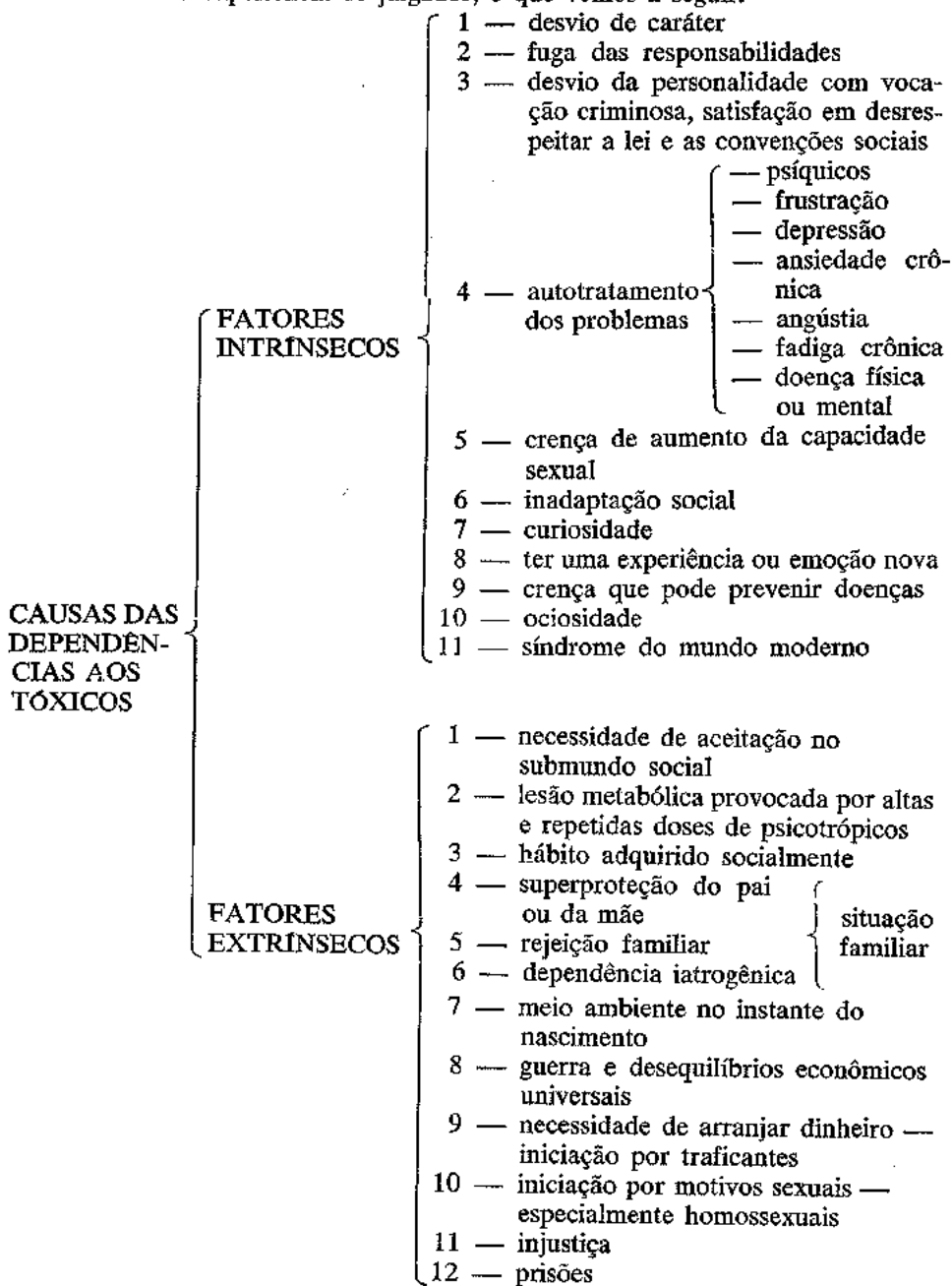
Partindo do princípio de que a moderna farmacologia nomeia todas as drogas, de efeitos psíquicos, de psicotrópicos, destacando as sintéticas, mas envolvendo, também, produtos naturais, e tendo presente o quadro geral quanto aos efeitos, na tridivisão — psicoanalépticos, psicoléticos e psicodislépticos — repetindo sempre o radical *psico*, indicativo da atuação das drogas na personalidade do consumista, modestamente, coloco-me ao lado dos professores Hilário Veiga de Carvalho e Marco Segre; o termo mais apropriado é, sem dúvida, *psicotrópicos*.

Convém formular o quadro classificatório dos psicotrópicos, como segue:

PSICOANALÉPTICOS	Grupo das anfetaminas	<ul style="list-style-type: none"> — Pervitin — Dexedrina — Benzedrina
	Grupo da piperidina	— Ritalina
	Grupo dos inibidores da Mono-Amino-Oxidase (MAO)	<ul style="list-style-type: none"> — Fenazina (Nardil) — Feniprazina (Masilid) — Nialamid (Niamid), etc.
	Derivados tricíclicos	<ul style="list-style-type: none"> — Imipramina (Tofranil) — Desipramina (Petrofan), etc.
PSICOLÉPTICOS	Hipnosedativos	<ul style="list-style-type: none"> — Barbituratos (fenobarbitais) — Opiatos ou opiáceos e seus derivados sintéticos e naturais: heroína, morfina, codeína, diodina, etc.
	Tranqüilizantes	<ul style="list-style-type: none"> — Meprobameto — Diazepan — Oxazepan
	Derivados fenotiazínicos Alcalóides da Rauwolfia Butirofenas	<ul style="list-style-type: none"> — Clorpromazina — Reserpina — Haloperidol
PSICODISLÉPTICOS	(Alucinógenos ou alucinogênicos)	<ul style="list-style-type: none"> — Maconha — Mescalina — LSD — Psilocibina e Psilocina

b) *Fatores que originam a dependência.*

Atrevo-me a elaborar um quadro das causas, colhendo, na leitura de estudiosos e na experiência de julgador, o que vemos a seguir.



A ociosidade, segundo os doutos Hilário Veiga de Carvalho e Marco Se- gre, obra citada, a despeito de parecer afirmativa pueril, é a raiz de todos os males, asserção com a qual concordo integralmente. Lembro-me de que desde pequeno ouço os religiosos afirmarem que a ociosidade é mãe de todos os pecados.

O vazio espiritual e físico que o ócio provoca é de tal gravidade que, em várias oportunidades, temos dito ser, para os detentos, até mesmo pena acessória não cominada juntamente com a privação sexual, culpa sem dúvida do sistema de execução da pena, adotado pelo País, copiado como inúmeras coisas e idéias por nós.

A síndrome cósmica e do mundo moderno, não temos receio de afirmar, tem sido um dos fatores mais destacados na busca dos psicotrópicos, embora possa ser relacionada, e de fato o é, ao escapismo.

O ser humano, neste século, está sendo bombardeado com milhões de informes científicos em todos os campos da atividade, porque a tecnologia da comunicação se desenvolveu e expandiu em tal dimensão, atingindo instantânea e maciçamente a criatura racional onde quer que ela esteja.

Ditado correntio, conhecido de todos, confirma-se diariamente, de que notícia ruim corre depressa; ficamos informados, a todo momento, das guerras, das mortes, do terrorismo, da violência urbana, da fome, das doenças e da ensi- lagem constante de terríveis bombas com capacidade destrutiva incalculável, do fabrico de armas de morticínio genocida e da cada vez maior falta de solidarie- dade ao próximo.

Ora, o jovem, ainda não consolidado psicologicamente, intoxicado de más novidades, no seu raciocínio imberbe, ajudado por outros fatores, conclui que para ele já não existem mais oportunidades próximas, pois que remotas, é questão encerrada; o jeito é fugir das realidades magadoras.

E ele começa a questionar-se de suas ensanchas, convence-se de que deve gozar a vida e já aproveitar-se de tudo o que ela possa oferecer de bom; daí, ser empurrado por rapinantes do dinheiro e dos prazeres sensoriais, à toxicofilia é um passo.

Estamos convencidos disto e, quando datilografava este conceito, ouvimos notícia radiofônica de que, neste ano de 1980, Peru, Chile, Colômbia, México e Bolívia terão um movimento de cinco bilhões de dólares no comércio de tóxicos. Só isto é suficiente para mostrar a certeza de nosso raciocínio, pois que fator assim tão poderoso poderia empurrar a mocidade para os psicotrópicos, senão a an- gústia que encontra nos traficantes o desafogo de seus receios?

Desconhecer nossa origem e nosso fim, para uma vida fugaz, cheia de sofrimentos, sem apoio religioso, somado à agonia de um mundo totalmente convulsionado, configura um quadro apavorante para o homem.

Se não houver um apoio, de qualquer espécie, a queda é fatal.

c) *Psicodinâmica do vício*

O quadro a seguir resume os segmentos da toxicomania, da qual só uma solução pode tirar o dependente — terapia, a par da indispensabilidade da solu- ção do conflito, fazendo-se prioritária também a assistência e o cuidado da fa- mília.

O toxicômano, via de regra, é dissimulador, não raro se vale da mentira e contam-se casos de dependentes que, no mesmo dia, se apresentam em vários ambulatórios, para obtenção da sua dose na fase gradativa da desintoxicação.

Veja o quadro da pag. 77.

Eu me atreveria a dizer, complementando, que os mesmos fatores que compõem a criminogênese, como disciplinados pelo Prof. Néelson Pizzotti Mendes, levam ao uso dos tóxicos.

O quadro é o seguinte:

Veja o quadro da pág. 78.

d) *Combate à disseminação do vício e normas e organizações internacionais de combate aos tóxicos.*

Dois livros me chamaram a atenção: *A Ilha*, do repórter Fernando Moraes, já na 14.^a edição, e *Cuba Hoje*, do também repórter Jorge Escosteguy; relatam eles a heróica luta do povo cubano no refazimento de sua sociedade, inclusive na reconstrução de sua própria consciência nacional.

Diz Fernando Moraes em *A Ilha* que a nação cubana promoveu uma revisão total em todos os setores de suas atividades; e Jorge Escosteguy assegura, em *Cuba Hoje*, que de lá fugiram os mafiosos, os traficantes de drogas, os milionários, os turistas e os latifundiários norte-americanos.

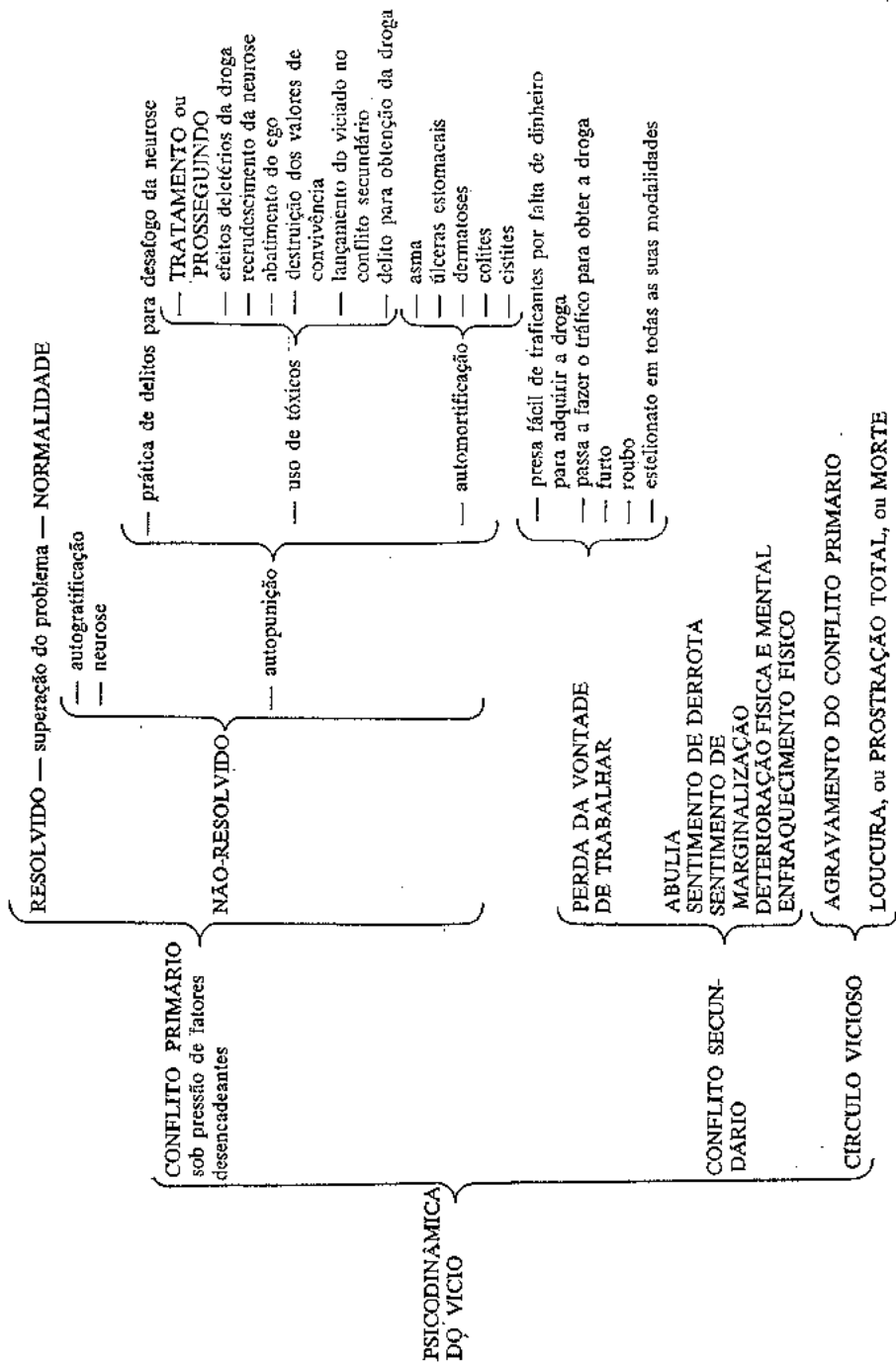
O povo se arregimentou para a tarefa de trazer, ao país, novos horizontes, ditar novas regras, para compor, enfim, um novo *modus vivendi* e a Revolução, que parecia uma simples aventura, transformou-se, juntamente com o socialismo, numa realidade irreversível.

Não desejo entrar no mérito da Revolução e do ideário cubano, até porque não temos ciência mais aprofundada das coisas ocorrentes naquela nação, nem dados para aferição dos sucessos ou fracassos de seus planos.

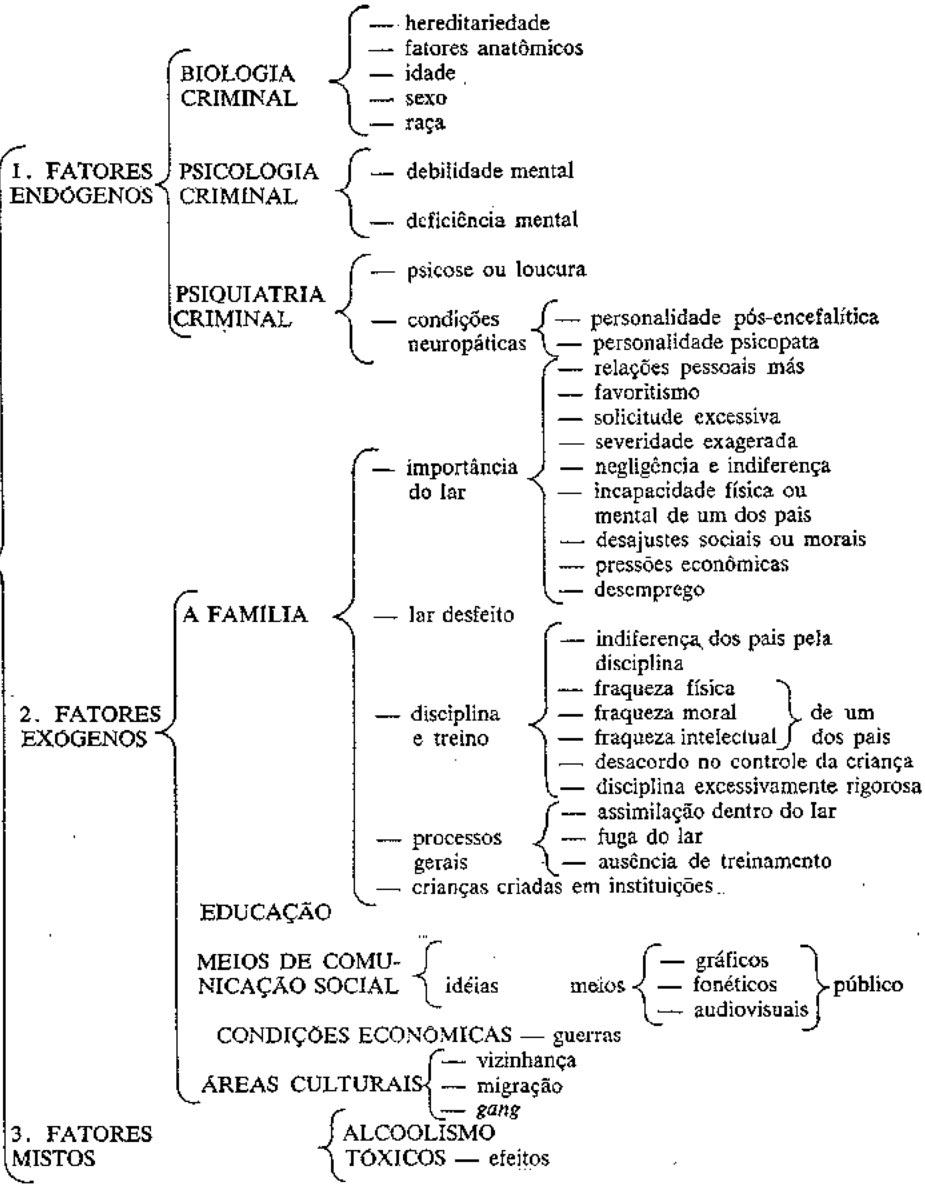
O que desejamos ressaltar, neste trecho da história cubana, é a potencialização da consciência nacional, volvida inteiramente para a solução de seus problemas, consciência nacional somada, aguerrida, catalizada, uma, persistentemente obstinada, numa solidariedade total, visando a objetivo comum, da salvação do que será, para eles, o seu futuro e a preservação de seus valores.

Dia desses, ouvia alguém afirmar que a invasão, pela Rússia, do Afeganistão fazia parte de um plano da superpotência estrangeira, que, se ainda não dominara inteiramente os afegãos, era porque assim o desejava, pois era de seu interesse manter uma situação de aparente resistência do país invadido.

Peço vênha para discordar. Não vivemos na irrealidade, a ponto de nos iludirmos sobre não ser a Rússia ilimitadamente mais poderosa do que o pequeno povo afegão, porém, esta nação, ferida no seu brio patriótico, uniu-se com uma força moral e cívica de tal maneira galvânica, que não permitiu ainda, em oito meses de invasão, a queda de sua soberania.



CRIMINOGENESE



Recentemente, o jornal "O Estado de S. Paulo" escrevia, na seção "Notas e Informações", que o mistério da invencibilidade da União Soviética estava desmistificado, porquanto as dificuldades por ela enfrentadas, para impor, pelas armas, seu domínio sobre o Afeganistão, são enormes, a despeito de sua capacidade destruidora.

Mas não é preciso grande esforço de memória para lembrarmos a guerra do Vietnã, pequeno povo asiático que venceu, sozinho, duas sangrentas e desgastantes guerras, uma contra a França e outra contra a superpotência americana.

A que propósito vêm os dados históricos citados?

Para mostrar que, quando um povo põe a serviço de determinada causa sua capacidade integral de resistir e de vencer, nada é capaz de submetê-lo.

Transplante-se a idéia para o combate ao tóxico, inteiramente viável, bastando rememorar que nesta Nação, bem perto de nós no tempo, a administração do Presidente Medici galvanizou o povo brasileiro, usando a paixão nacional com Pelé, e pelo futebol, num estádio, o do Maracanã, totalmente cheio.

Nunca tivemos dúvida que a disseminação de drogas encontrou sempre dois fatores fundamentais: o profundo e inescrupuloso interesse monetário e por trás a subversão, embora estes não sejam os únicos meios utilizados para alcançar o objetivo da destruição dos valores morais e sociais, haja vista a avalanche de pornografia soterrando o povo.

Mas a formação de uma consciência nacional, por si só, nenhum resultado prático alcançaria, senão que a aplicação objetiva de medidas, ou melhor, a adoção de medidas objetivas, se possível, de cunho caboclo, a curto prazo, acessível à bolsa do povo, porquanto programas sofisticados custam dinheiro, e dinheiro, a toda evidência, o Brasil não tem suficiente para tudo o que lhe falta.

Com coragem de submeter-me a críticas, ofereço o quadro seguinte, como factível no combate à disseminação de drogas, encarando todos os fatores arrolados como desencadeantes da dependência. Não o criei, e sim, tomei emprestado de vários doutos, e o montei.

Veja o quadro das págs. 80/81.

O problema está colocado, e a cada um de nós impõe-se uma conduta maiúscula, se é que não somos hipócritas.

2 — LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

a) *Prevenção (artigos 1.º a 7.º).*

O capítulo primeiro da Lei n.º 6.368/76 — chamada Lei Antitóxicos — com sete artigos e respectivos parágrafos, trata da *prevenção* e da repressão, em caráter abrangente, do tráfico ilícito e do uso indevido de substâncias entorpecentes ou que causem dependência física ou psíquica, fixando, no parágrafo único, corte de verbas a título de auxílio ou subvenção, das pessoas jurídicas, chamadas a cooperar e que se negaram a isto.

COMBATE AS DROGAS

MEDIDAS PREVENTIVAS

EDUCACIONAIS

ELIMINAÇÃO DAS SEGUINTES CAUSAS

- fuga das responsabilidades
- crença em aumento da capacidade sexual
- curiosidade
- inadaptação social
- ter uma experiência ou emoção nova
- crença de que pode prevenir doenças
- síndrome do mundo moderno
- hábito adquirido socialmente
- iniciação por motivos hetero ou homossexuais
- injustiças
- prisões
- fatores anatómicos
- hereditariedade
- idade
- sexo
- raça
- crianças criadas em instituições
- guerras
- educação
- disciplina e treinamento
- meio ambiente no instante do nascimento
- superproteção do pai ou da mãe
- rejeição familiar
- desajustamentos familiares
- desajustamentos sociais ou morais
- lar desfeito
- relacionamento familiar mau
- favoritismo
- solicitude excessiva
- severidade exagerada
- negligência ou indiferença
- incapacidade física ou mental de um dos pais
- pressões econômicas
- desemprego
- assimilação dentro do lar
- fuga do lar

SOCIAIS

ELIMINAÇÃO DAS SEGUINTES CAUSAS

- guerras e desequilíbrios econômicos universais
- necessidade de arranjar dinheiro
- iniciação por traficantes
- meios de comunicação social
- condições econômicas
- áreas culturais (vizinhança e migrações)
- injustiças
- prisões

COMBATE
ÀS
DROGAS

MEDIDAS
TERAPÊU-
TICAS

ELIMINAÇÃO
DAS
SEGUINTES
CAUSAS

- desvio de caráter
- desvio da personalidade com vocação criminosa
- autotratamento de problemas psíquicos, frustrações, depressões, ansiedades crônicas, angústias, fadigas crônicas, doenças físicas ou mentais
- síndrome do mundo moderno
- ociosidade (terapia ocupacional)
- lesão metabólica provocada por altas e repetidas doses de psicotrópicos
- dependência iatrogênica
- fatores anatômicos
- debilidade ou deficiência mental
- psicose ou loucura
- condições neuropáticas: personalidade pós-encefálica ou psicopática
- alcoolismo
- toxicolismo

MEDIDAS
REPRE-
SIVAS

ELIMINAÇÃO
DAS SEGUN-
TES CAUSAS

- necessidade de aceitação no submundo social
- *gang* } medidas e sanções penais e administrativas
- tráfico }

Este capítulo primeiro, a meu ver, compreende um chamamento abrangente, atizando o brio dos homens de todos os segmentos sociais, estabelece proibições e restringe atividades autorizadas, especifica atribuições e competências, estatui constrições de ordem pecuniária e penais e, finalmente, propõe medidas de cunho educacionais.

Penso que a sistematização da matéria no capítulo poderia sofrer alguma modificação, quanto à ordem dos artigos, embora a observação seja ou tenha fundo meramente acadêmico.

Mas, se o artigo 1.º compreende um édito de qualidade patriótica e regras de conduta, dirigidas diretamente aos organismos vivos, individuais ou coletivos, cominando até sanções às pessoas jurídicas omissas, parece-me que o artigo 4.º e seu parágrafo único estariam bem com o 2.º.

O artigo 2.º e seus parágrafos estão na posição sistemática correta, e teria somente de ser renumerado como 3.º, seguido dos parágrafos, enquanto o artigo 5.º e seu parágrafo único, desde que relativos a medidas educacionais, melhor se colocariam em seguida ao artigo 3.º, uma vez que este se refere a estabelecimentos educacionais e a seus dirigentes.

Finalmente, os demais artigos, presos à fixação de competências e atribuições exclusivas do Governo Federal e seus organismos, acoplados, chegando o artigo 3.º para perto dos artigos 6.º e 7.º.

Feita a digressão, alguma consideração em torno dos princípios ditados pelos dispositivos do primeiro capítulo, à guisa de colóquio.

O artigo 1.º proclama o dever cívico-moral de todos numa comunidade; devemos estar revestidos do mesmo espírito para, conjugando esforços, combater os tóxicos, alertando os segmentos sociais, no sentido de não se omitirem no cumprimento específico da missão de cada um.

Prevenir e reprimir o tráfico ilícito e o uso indevido de entorpecente, ou substância que cause dependência física ou psíquica, é tarefa cabente ao indivíduo, como cidadão, cada qual na sua área de atuação ou de atividade.

Pretende a norma, que é de caráter ético-social, tocar a sensibilidade da criatura como ser gregário, a fim de que, não se omitindo, contribua por atos, exemplos, ações e conota no exercício ou não de função pública, para impedir ou reprimir o mal.

As pessoas jurídicas adverte que devem subpor seus interesses sobretudo os financeiros e a sua força coletiva, a serviço da causa. Tão certo é isto que estabelece, no parágrafo único, a sanção da perda de subvenções ou auxílios de todos os compartimentos do Poder Público.

A conclamação encontrou uma reprimenda para as pessoas jurídicas, no corte de subvenções e auxílios, como norma geral, deixando, naturalmente, para os particulares omissos, sanção de leis específicas, sobretudo a penal, quando a escusada pessoa física se constitua em co-partícipe, e à sua consciência, quando a esquiva seja apenas o comodismo.

É evidente que a constrição só pode ser aplicada naqueles casos de conduta comprovadamente negativa por parte das pessoas envolvidas, porque eu não sei como indivíduos ou entidades poderão distinguir substâncias que são e

que não são entorpecentes, que causem e que não causem dependência, ou quando o tráfico seja ou não ilícito e o uso seja ou não indevido.

Resumida a contribuição de pessoas e entidades a casos em que elas possam de fato ajudar, no mais, a atuação seria, como se disse, na adoção de atitudes, exemplos, conduta, ações e cumprimento rigoroso do dever, porquanto não se pode exigir a delação como forma de conduta.

O artigo 2.º e seus parágrafos proíbem plantio, cultura e colheita, além da exploração, por particulares, de plantas produtoras de substâncias tóxicas ou dependenciantes, impondo a destruição delas, nativas ou cultivadas por particulares, excluindo, no § 2.º, as que se destinarem a fins científicos.

Estabelece controle por autoridade sanitária em qualquer caso que a substância entorpecente ou matéria-prima seja objeto de comprometimento humano.

Mas eu não consegui entender bem o porquê do parágrafo 4.º, porque, se qualquer comprometimento de substância entorpecente ou matéria-prima exige licença da autoridade sanitária, dispensável o parágrafo 4.º afirmar que de tal exigência se exclui a aquisição de medicamentos, mediante receita médica, atenta aos regulamentos.

Quanto ao artigo 3.º e seu parágrafo único, o Governo da República já editou o Decreto n.º 85.109, de 2 de setembro de 1980, criando o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes, normatizando:

- a) seus objetivos;
- b) sua composição;
- c) subordinação dos órgãos componentes do Sistema;
- d) integração de outros órgãos regionais ao Sistema;
- e) a competência de cada órgão componente do Sistema;
- f) responsabilidades dos dirigentes de cada órgão.

Os quadros das páginas 18, 19 e 20 mostram a sinopse do Sistema recém-criado, dispensando, por enquanto e antes da regulamentação, comentários.

b) *Tratamento e recuperação (artigos 8.º a 11)*

O capítulo segundo da Lei Antitóxicos, com quatro artigos — 8.º a 11 — preocupa-se com o tratamento e a recuperação dos dependentes, incluindo nas medidas terapêuticas de que se falou do combate à disseminação das drogas.

O capítulo pressupõe:

— obrigatoriedade do tratamento de dependentes;

— quando possível, e se necessário, montagem de estabelecimentos para tratamento de dependentes, nos Estados, Territórios e Distrito Federal, construídos ou adaptados, naturalmente tendo na vanguarda a União;

— obrigatoriedade do internamento nos casos graves e atendimento ambulatorial, nos demais casos;

— obrigação de relatório mensal de hospitais e clínicas, oficiais ou particulares, à repartição competente, dos casos de dependentes que tratarem;

— tratamento de presos condenados, no recinto prisional, mas o atendimento é ambulatorial.

A execução deste capítulo, como é óbvio, depende de dinheiro, porque a precariedade da rede hospitalar, na grande maioria dos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, ninguém pode contestar.

A construção ou mesmo a adaptação de clínicas apetrechadas para o recebimento de dependentes, medicamentos, assistência médica especializada, alimentação, é qualquer coisa gigantesca.

Se o dependente necessita de cura física e psíquica, sob pena de infrutífera uma ou outra, isoladamente, não há de ser com normas poéticas que se resolverá o problema.

A seu tempo, o artigo 10 preleciona que o tratamento sob regime de internação hospitalar será obrigatório quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem, e já, no parágrafo 1.º, assegura tratamento em regime extra-hospitalar, com assistência do serviço social competente, quando a internação for desnecessária.

Temos, desde logo, o primeiro problema — aquilatar quando o caso é grave e necessita de internamento e quando o caso é só de atendimento extra-hospitalar.

Acredito, assim, na indispensabilidade da feitura de exames mais acurados, embora ao profissional médico seja, até certo ponto, possível averiguar a intensidade das manifestações psicopatológicas com um exame superficial.

De qualquer modo, mais fácil ou mais difícil a constatação, a norma impõe uma triagem preliminar e isto demanda remuneração profissional, dispêndio de valores em instrumentos, medicamentos, alimentação, pessoal e material consumível.

Sendo grave a doença, os valores gastos dobrarão com o internamento. Dispensado o internamento, além das despesas com assistência terapêutica, física e psíquica, mais a assistência social, através de um serviço competente.

A falta de tais recursos ou a sua precariedade, como são notórias praticamente em todo o País, frustra quase que inteiramente o propósito da lei, porque o tratamento é falho, o dependente não recebe vigilância de ninguém e continua a mercê das drogas e dos traficantes.

Demais disso, o mapa estatístico de que fala o parágrafo 2.º do artigo 10, como obrigação imposta aos estabelecimentos hospitalares públicos e particulares, relatando atendimentos de dependentes, quase certamente não é remetido, ou sendo, incompleto.

Em que estabelecimento prisional, ou em quantos exista ambulatório, já não se exige atendimento para toxicômanos, mas só, por exemplo, para erradicação de moléstias como a escabiose, micoses comuns, extração de dentes e coisas assim, experiências que vivi, quando fui juiz criminal e Corregedor de Presídios.

Em Cuiabá, o presídio lotado com detentos à espera de julgamento, com detentos já condenados, correccionais e aproximadamente vinte débeis mentais, dos quais as famílias tinham-se livrado, era considerado pior do que o presídio da Guiana Francesa, onde esteve o conhecido "Papillon".

Contudo, em que pese o negrume da situação pincelada, isto não quer dizer que se deva desanimar, nem que a nossa posição seja derrotista, porquanto

necessário se faz, por estes motivos, o chamamento da lei e das altas autoridades do País, na guerra, sem quartel, aos tóxicos.

Se tivéssemos recursos em abundância, nenhuma lamúria se justificaria. Sem recursos financeiros, sem pessoal suficiente e até em ínfima escala profissionalizada, sem material adequado, sem hospitais, aí sim é que cada um de nós há de mostrar a garra e compor o quadro de solidariedade nacional contra o nefando mal.

c) *Dos crimes e das penas (artigos 12 a 19)*

O capítulo terceiro da Lei Antitóxicos, compreendendo nove artigos — 12 a 20 — enfoca o direito substantivo da norma em estudo, isto é, trata dos crimes e das penas na área dos tóxicos.

Devido a alguma experiência como julgador, tenho encontrado alguns aspectos interessantes nesta parte da lei, assim como, a meu ver, descoberto ângulos diferentes para a interpretação dos artigos que compõem este capítulo, motivo pelo qual talvez se faça um bivaque maior por aqui.

O artigo 12 recolhe dezoito verbos, que costumo apontar como refletores da ação transitiva da conduta ilícita dos réus. É evidente que não fui o criador da expressão, mas gosto dela.

Assim é crime importar, exportar, remeter, *preparar*, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, fornecer, *ter* em depósito, transportar trazer consigo, guardar, prescrever ministrar e entregar a consumo.

O delito se configura também quando o agente pratica as ações representadas pelos verbos do artigo mencionado, relativamente à matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, menos quanto aos verbos preparar, prescrever, ministrar e entregar a consumo.

Acho plausível que ninguém possa prescrever, ministrar ou entregar a consumo matéria-prima destinada à composição de substância dependenciante, porquanto prescrever é até médico que subentende substância já capaz de produzir efeito; ministrar é administrar a alguém algo da mesma forma já em situação de produzir resultado, por exemplo, ministrar um remédio; entregar a consumo recolhe a idéia de que aquilo que se entrega a consumo é coisa acabada, coisa que pode ser consumida.

Ora, qualquer ação transitiva tipificadora de ilícito, no âmbito da Lei Antitóxicos, deve prender-se a substância dependenciante, ou matéria-prima, com propriedades necessárias à preparação de substâncias entorpecentes ou dependenciantes.

Eu não ministro, não prescrevo nem entrego a consumo matéria-prima sem qualidades indispensáveis à preparação, ao fabrico de psicotrópicos.

No entanto, eu posso preparar matéria-prima destinada ao fabrico de psicotrópico, e daí por que não entendo o motivo pelo qual importar, exportar, remeter, produzir, fabricar, vender, expor à venda, oferecer, fornecer, *ter* em depósito, transportar, trazer consigo e guardar matéria-prima se constitui em ilícito e preparar não o é.

SISTEMA NACIONAL DE PREVENÇÃO, FISCALIZAÇÃO E REPRESSÃO DE ENTORPECENTES
(art. 3.º da Lei 6.368/76 e Dec. 85.110 de 2-9-80)

FINALIDADES

- Prevenção
- Fiscalização
- Repressão
- Conselho Federal de Entorpecentes
- Órgão de Vigilância do Ministério da Saúde
- Órgão de Repressão a Entorpecentes do Departamento de Polícia Federal
- Conselho Federal de Educação
- Órgão de Fiscalização da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda
- Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS)
- Fundação Legião Brasileira de Assistência
- Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor

COMPOSIÇÃO

OBJETIVOS

- Formular a polícia nacional de entorpecentes, compatibilizando planos nacionais com regionais e fiscalizando sua execução
- Estabelecer prioridades entre as atividades do Sistema, através de critérios técnicos, econômicos e administrativos
- Modernizar a estrutura e procedimentos administrativos, nas áreas de prevenção, fiscalização e repressão
- Estabelecer fluxos contínuos e permanentes de informações entre os órgãos e organismos internacionais, facilitando processos de planejamento e decisões
- Estimular pesquisas para aperfeiçoamento do controle de fiscalização do tráfico e do uso de entorpecentes
- Promover a inclusão de ensinamentos referentes a substâncias entorpecentes nos cursos de formação de professores
- Promover a inclusão de itens específicos nos currículos de 1.º grau, na área de ciências, quanto à natureza e aos efeitos de substâncias entorpecentes

**CONSELHO
FEDERAL
DE
ENTORPE-
CENTES**

COMPOSIÇÃO
(art. 5.º,
incisos I
a XI)

- Ministério da Justiça
 - Ministério da Saúde
 - Ministério da Educação.
e Cultura
 - Ministério da Previdência
e Assistência Social
 - Ministério da Fazenda
 - Ministério das Relações
Exteriores
 - Estado Maior das Forças
Armadas
 - Órgão de Repressão
a entorpecentes do
Departamento de Polícia
Federal
 - Órgão de Vigilância
Sanitária do Ministério
da Saúde
- Um repre-
sentante
- um jurista designado pelo Ministério
da Justiça
 - um médico psiquiatra, indicado pela
Associação Médica Brasileira e
designado pelo Ministério da Justiça

PRESIDÊNCIA
e duração
dos mandatos

- A presidência caberá a um de seus
membros, escolhido e designado pelo
Ministério da Justiça.
- Poderá requisitar funcionários
- Os membros terão mandatos de três
anos, podendo ser reconduzidos

INCUMBÊNCIA

- Integrar ao Sistema os órgãos dos
Estados, que exerçam atividades
similares

INTEGRA

- como órgão normativo de deliberação
coletiva de 2.º grau, o Ministério
da Justiça

OBRIGA

- Suas decisões deverão ser cumpridas
pelos órgãos integrantes do Sistema
- O não-cumprimento implicará em pena
de responsabilidade de seus dirigentes

COMPETE-LHE

- Propor a política nacional de
entorpecentes
- Elaborar planos
- Exercer orientação normativa
- Coordenação geral, supervisão,
controle e fiscalização das atividades
relacionadas com o tráfico
e uso de entorpecentes
- Exercer outras funções consonantes

DEMAIS
ÓRGÃOS
DO
SISTEMA

SUBORDINAÇÃO

- **NORMATIVA E TÉCNICA**
Conselho Federal de Entorpecentes
- **ADMINISTRATIVA**
Aos órgãos em cujas estruturas estiverem integrados

COMPETÊNCIA

- **ÓRGÃO DE VIGILANCIA SANITÁRIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE**
Ação fiscalizadora, na forma estabelecida em lei, sobre produtos e substâncias entorpecentes
- **ÓRGÃO DE REPRESSÃO A ENTORPECENTES DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL**
Prevenir e reprimir o tráfico e o uso ilícito de entorpecentes ou substâncias que determinem dependência física ou psíquica
- **CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO**
Orientação normativa e fiscalizadora de matérias concernentes aos currículos dos cursos de formação de professores e do ensino do 1.º grau
- **ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL**
Exercer, no âmbito de suas atribuições, a fiscalização do tráfico de entorpecentes, nas fronteiras, portos e aeroportos
- **INSTITUTO NACIONAL DE ASSISTENCIA MEDICA DA PREVIDENCIA SOCIAL (INAMPS)**
- **FUNDAÇÃO LEGIÃO BRASILEIRA DE ASSISTENCIA**
- **FUNDAÇÃO NACIONAL DO BEM-ESTAR DO MENOR**
Prestar assistência médica e social

Fica o tema para pesquisas, até porque a sementeira, o cultivo e a colheita de plantas servíveis à preparação de entorpecentes ou dependenciantes, caracterizam o delito, segundo o inciso II do § 1.º.

Caso interessante ocorreu na comarca de Ponta Porã.

Um cidadão, despachante de empresa de ônibus, foi preso em flagrante, denunciado, processado e condenado como infrator do artigo 12 da Lei Antitóxicos, na modalidade *remeter* maconha, pois, na agência, por ele fora despachada uma lata de aproximadamente dois quilos, na qual, sob uma camada de sebo, fora acondicionada a *cannabis*.

Relator do processo verifiquei minudentemente a prova, como é de meu hábito, e, no confronto de todos os detalhes da instrução, verifiquei que o subtrato da condenação assentara-se na circunstância de ser aquele acusado pessoa que remete, para todo o País, pacotes, embrulhos, malas, invólucros, etc.

Ora, não é só porque os despachantes não estão autorizados a conferir o conteúdo dos volumes despachados pela agência de ônibus; para isso, ali estão os agentes federais, que, no caso, tinham vistoriado os pertences dos passageiros, mas é porque, acima de tudo, a tarefa de tais funcionários é exatamente a de remeter objetos para todos os pontos do País, a pedido e mediante expedição regulamentar.

Não se pode excluir todos os empregados desta categoria só porque sua missão é remeter volumes, porquanto, demonstrada a sua participação em eventual delito, deve ele arcar com o ônus penal de sua conduta, porém, no caso de Ponta Porã, a sentença apenadora teve como escopo este aspecto.

Ora, só porque ele remete invólucros, não se pode concluir pela sua co-participação no delito, tanto mais que os outros elementos da instrução de forma nenhuma o envolviam.

Sendo de enfoques o meu discorrer, prendo-me a alguns lados somente destes capítulos, inclusive porque o tempo é escasso e não se deve abusar da tolerância dos ouvintes.

A sementeira, o cultivo e a colheita de plantas reservadas ao fabrico de substâncias dependenciantes, não incluídas na legislação anterior, vieram agora completar o quadro de ações típicas delituosas, juntamente com o fabrico, aquisição, venda, fornecimento, posse e guarda de máquinas, aparelhos, instrumentos ou objetos postos a serviço do fabrico, preparo, produção ou transformação de substância psicotrópica.

O Tribunal de Justiça do Estado assentou, no entanto, que o plantio da maconha, por si só, não consigna uma conduta ilícita, pois a erva usável exclusivamente *in natura* (independe de qualquer química) só é tóxica na época da floração.

Outro julgamento curioso foi o de um dependente, internado, que na clínica plantou, em várias latas de óleo comestível, sementes de *cannabis* trazidas para o nosocômio.

Quando as plantas estavam ainda tenras, foi flagrado, acabando com uma sanção constrictiva a propósito de ter cometido o crime de plantar erva destinada ao fabrico de substância entorpecente.

Foi absolvido, desde quando sua conduta ainda não tipificara ação delituosa alguma, tendo em vista a apreensão de plantas que, quando tenras e periciadas, resultaram inócuas ou sem princípio ativo nenhum.

O Parágrafo 2.º, inciso I, do artigo 12, relata que quem instiga, induz ou auxilia alguém a usar entorpecentes ou dependenciantes, incide nas penas do artigo 12 — reclusão de três a quinze anos e pena pecuniária de 50 a 360 dias-multa.

Neste dispositivo, é possível enquadrar os omissos, os que não atendam ao chamamento lançado no artigo 1.º desta Lei, quando certos de que podem fazê-lo, quando saibam de fatos, pessoas e locais onde haja psicotrópico sem autorização legal ou onde se consuma psicotrópico.

Repita-se, não se pedem delatores, mas é comum cidadãos escusarem-se até mesmo de servir de testemunhas, quando poderiam, em muito, cooperar com as autoridades no combate ao mal.

Recebemos, sistematicamente, nos recursos, queixas de que os flagrantes e a instrução dos processos de tóxicos vêm com testemunhos apenas de agentes da polícia federal.

Uns inquinam de deficientes tais processos, outros vão mais além e encontram nesta circunstância nulidade *ex radice*.

A bem da verdade, despiendo reiterar que inexistente, no procedimento penal, hierarquia de provas, nem se pode diminuir o testemunho policial, já porque se estaria criando até mesmo uma discriminação, proibida pela Constituição, já porque a instrução recolhe uma gama de dados e informações da qual o magistrado deve retirar a resultante.

O testemunho do preto, do branco, do pobre, do enfermo, da criança, do policial, do colarinho branco, da mulher e de qualquer criatura capaz de esclarecer o julgador tem o mesmo peso e a mesma medida.

Talvez seja por isso que os flagrantes contêm depoimentos somente de policiais federais; cansados talvez estejam de omissões, de receios, e por que não dizer, até de covardias, embora nós, julgadores, devamos estar sempre com a máxima *in medio virtus* — nem exageros para mais, nem exageros para menos.

Desejaria, face ao tempo e à matéria ainda a ser estudada, reportar-me ao artigo 19 deste capítulo, porque ele tem causado e vai causar polêmicas.

O dispositivo em espécie relata que

“É isento de pena o agente que, em razão de dependência ou sob o efeito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuito ou força maior era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Decisões têm chegado ao Tribunal, condenando réus periciados e declarados dependentes e, no laudo, tidos como inteiramente incapazes de determinar-se com entendimento do caráter ilícito do fato criminoso.

Vale dizer que, embora entendendo o caráter criminoso do ato que praticaram, eram, ao tempo da ação, inteiramente incapazes de determinar-se de

acordo com tal entendimento, em face da deterioração psíquica pelo uso reiterado da maconha.

Os insignes magistrados prolatores da decisão condenatória, porém, achando que o sentenciado não se intoxicara em decorrência de caso fortuito ou força maior, o condenaram.

Mais de uma vez absolvi réu em tal processo, porque o meu entendimento é o de que o artigo em estudo prevê quatro casos distintos:

É isento de pena o agente que:

1 — *em razão da dependência:*

a) *era*, ao tempo da ação ou omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato;

b) *era*, ao tempo da ação ou omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de determinar-se de acordo com esse entendimento.

2 — *sob efeito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, proveniente de caso fortuito ou força maior:*

a) *era*, ao tempo da ação ou omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato;

e) *era*, ao tempo da ação ou omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A par disto, o caso fortuito e a força maior independem da vontade do acusado que é envenenado sem o saber.

Ora, como posso excluir a vontade do dependente se ele ingere psicotrópicos, já não mais por acidente mas por um imperativo da dominação tóxica, causadora da dependência, esta que os professores Hilário Veiga de Carvalho e Marco Segre entendem como força maior, compulsiva que é, a empurrar o viciado para ingestão da droga.

O artigo em estudo divide as coisas.

Ora, o acusado é inimputável por força da dependência, isento de pena, porque, em função dela, é incapaz de entender o caráter criminoso de seu ato, ou em função da dependência, embora entenda a ilicitude de sua ação, não tem formas para autodeterminar-se.

Ora, o acusado é inimputável por força da ingestão, fortuitamente ou por força maior, acidentalmente.

Se alguém me convencer em contrário, de bom grado mudo de opinião.

Assim não fosse, o artigo 29 não autorizaria o internamento de acusados pericialmente tidos como dependentes, absolvidos que foram em face do vício, e o substrato da inimputabilidade, sem pré-requisito nenhum, a dependência pura e simples, decorrente da incapacidade de entendimento do fato criminoso ou a incapacidade de autodeterminar-se de acordo com tal entendimento.

E, por fim, seria um contra-senso admitir que a um acusado de intoxicar-se fortuitamente ou por motivo de força maior se lhe exclua a culpa, e a um dependente, dominado e preso ao vício, por motivos que agora não importam, sem

vontade assentada, sem capacidade física e moral, não se estenda a inimputabilidade.

Eis alguns aspectos interessantes, captáveis na leitura do capítulo III da Lei Antitóxicos, entre outros recolhíveis de estudo e sistematizado de todos os seus artigos, como, por exemplo, a conclusão de que o ato, em si, de fumar maconha, constitui delito e, no entanto, o crime só se caracteriza se o acusado traz consigo, guarda ou adquire para uso próprio.

A prisão do delinqüente em seu domicílio, sem mandado, não ofende o princípio da inviolabilidade do domicílio, quando a figura ilícita tenha caráter permanente; a condenação de denunciado, mesmo que o psicotrópico, sendo considerado como tal, não esteja relacionado na lista do S.M.F.M.F.; o plantio da maconha e seu depósito posterior constituem crime único, e não concurso material, porque o depósito apresenta-se como prosseguimento da ação anterior de plantar, são mais alguns dos enfoques dignos de realce.

Com estas rápidas visualizações, encerro os *flashes* do capítulo III, relativo aos crimes e às penas no âmbito dos psicotrópicos.

d) *Procedimento criminal (artigos 20 a 35)*

Em seqüência, o capítulo IV da Lei Antitóxicos fornece as normas de processo a serem observadas nos delitos de que se trata.

Os seus quinze artigos e parágrafos respectivos disciplinam a fase policial do procedimento, a fase judicial, perícias, inclusive.

Eu não sei se a minha ótica é que não consegue concatenar a distribuição da matéria neste capítulo, porque ele começa, e de outro modo não poderia ser, com a disciplina do flagrante, passando logo para a distribuição do feito já em juízo, citação, interrogatório, saneador, audiência de instrução e julgamento, sentença e execução da pena e, de repente, volta a falar em flagrante no artigo 25, sobre que ele ou o inquérito podem ser remetidos a juízo, sem que outras diligências parem ou sem o laudo toxicológico da substância apreendida.

Se eu tenho o artigo 21, fixando o prazo de cinco dias para a remessa do flagrante, aqui, me parece, poderia ser encartado o artigo 25, pois trata ele também de envio de flagrante.

Da mesma forma, o artigo 24, cometendo à autoridade policial atribuição de estabelecer a fiança para menores de 21 anos ou para determinar seu recolhimento domiciliar, não podendo pagar a fiança.

O dispositivo já vem muito depois da fase de sentença, quando poderia ser encaixado no todo da fase policial.

De qualquer modo, o capítulo IV congrega o conjunto de atos procedimentais, com caráter sumário, visando à celeridade para impedir o excesso de prazo, benéfico ao traficante, de modo especial, que, assim se livraria das malhas da lei, através de *habeas corpus*.

e) Disposições gerais (artigos 36 a 47)

O procedimento inserido neste capítulo foi muito bem resumido pelo promotor paulista, Dr. Sérgio de Oliveira Médici, no quadro que se vê adiante.

- | | | |
|----------------------------|--|---|
| PROCEDIMENTO
NA POLÍCIA | 1 — FLAGRANTE | — Comunicação imediata ao juiz competente e remessa dos autos em cinco dias, sem prejuízo de outras diligências. |
| | 2 — PORTARIA | — O inquérito policial será remetido ao juiz competente em trinta dias, sem prejuízo de outras diligências. |
| PROCEDIMENTO
EM JUÍZO | 1 — DENÚNCIA | — O Ministério Público tem prazo de três dias para o oferecimento da denúncia e arrolar até cinco testemunhas, requerendo diligências. |
| | 2 — RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELO JUIZ. | |
| | 3 — CITAÇÃO DO RÉU | — Em 24 horas após o recebimento da denúncia; se não for encontrado, citação por edital, com prazo de cinco dias. |
| | 4 — INTERROGATÓRIO DO RÉU | — ou decretação de sua revelia. |
| | 5 — DEFESA | — Vista para, em três dias, oferecer alegações preliminares, arrolar até cinco testemunhas e requerer diligências. |
| | 6 — DESPACHO SANEADOR | — Em 48 horas o juiz ordenará diligências e designará audiência de instrução e julgamento dentro de oito dias, ou em trinta dias, se houver exame de dependência. |
| | 7 — AUDIÊNCIA | — Inquirição das testemunhas; debates (vinte minutos para a acusação e vinte para a defesa). |
| | 8 — SENTENÇA | — Cinco dias após a audiência, se não for proferida naquela ocasião. |

A celeridade que se exige nestes processos, em condições normais, é evidente, vem expressa no parágrafo 1.º do artigo 23, onde se lê que, mesmo com necessidade de exame de dependência do réu, a audiência de instrução e julgamento deve efetivar-se no prazo de trinta dias.

No que toca à fase policial, o informativo pode ser iniciado pelo flagrante e por portaria, merecendo alertar-se que a portaria é fórmula legal de iniciar-se a coleta de dados em torno do ilícito de tóxico.

Não é sem motivo o meu aviso, porque a própria Polícia Federal tem certa reitância em começar procedimento inquisitorial por este meio; a dúvida jamais poderá existir, de tal sorte que as disposições desta Lei recebem ajuda subsidiária do Código de Processo Penal (artigo 20).

O problema dos prazos é assunto constantemente argüido nos *habeas corpus*, de modo especial quando há determinação de exame dependencial, porque, fixado o prazo de trinta dias para a audiência de instrução e julgamento, via de regra o laudo não advém neste tempo.

Em consequência, os acusados reclamam contra o excesso de prazo, quando são ultrapassados os trinta dias, sendo certo que, em muitos casos, se estacem, às vezes, além de um ano.

Realmente, num país como o nosso, onde tudo é precário ou faltante, desde o quadro de profissionais incumbidos de exames específicos, desde a carência de hospitais apropriados, pessoal técnico habituado e tudo mais, via de regra, as diligências são atribuídas a médicos particulares, com obrigação de cooperar no combate ao mal, mas que não se entregam inteiramente à causa, em face de suas outras responsabilidades.

De outra parte, um laudo desta natureza exige cuidadosas observações, por isso, lentas, impossíveis talvez de se completarem num mês.

Vários *habeas corpus* têm sido denegados pelo Tribunal de Justiça de nosso Estado, sob o fundamento de que os exames para comprovação da dependência, tendo sido pleiteados pela defesa, a ela se debita a demora.

Nalguns, alinhei-me dentro deste entendimento, mas hoje estou convencido de que o remédio só deve ser negado, quando fique claro o atraso por culpa da defesa, como, por exemplo, o descuido na apresentação dos quesitos, ou quando remunerada a perícia, displicência no depósito dos honorários do perito, fato este já ocorrido.

Porém, se a procrastinação decorre da deficiência de meios e recursos que deviam ser postos à disposição dos doentes, assim compreendida entre outras, principalmente a falta de médicos especializados, ou recusa destes, casos também acontecidos, o caminho tem sido fixar-se um prazo não superior a quarenta e cinco dias para o término da perícia, sob pena de ser o réu colocado em liberdade.

Requerer ou submeter-se a exame constataador de dependência é direito consignado na lei, e negar-se ao postulante o remédio constitucional só porque foi ele o requerente da medida, sob o fundamento de que, com isto, deu causa à demora me parece meio draconiano. O Estado, ao criar a figura jurídica, o favor legal, o benefício, deve, por igual, colocar ao alcance dos interessados os meios e os instrumentos para a complementação de sua vontade.

Seguindo-se a isto, outro enfoque importante refere-se ao corpo de delito, preconizando o § 1.º do artigo 22 que, para efeito da lavratura do flagrante e oferecimento da denúncia, basta um laudo inicial, chamado de constatação, enquanto o laudo definitivo será ao depois elaborado.

Aconteceu em Cuiabá, certa feita, que um acusado foi regularmente processado por comércio de entorpecente, no caso, maconha, mas no final o juiz teve de absolvê-lo porque não foi possível fazer-se o laudo toxicológico da erva, eis que tinha sido vendida e os adquirentes tinham-na consumido.

Desaparecido o corpo de delito, dizia a sentença, impossível o exame de corpo de delito, e sem este inexistia a prova material do crime.

O Ministério Público, entretanto, não se conformou, recorrendo para o Tribunal.

Como relator, fiz uma triagem rigorosa de todo o caminho seguido pela erva e pelos réus, demonstrando cabalmente a aplicabilidade do artigo 167 do Código de Processo Penal, razão pela qual o recurso foi provido, a sentença de primeiro grau reformada e o réu condenado nas sanções do artigo 12 da Lei Antitóxicos.

Em agosto de 1978, o colendo STF (RTJ-88/104), julgando feito relativo a tóxicos, ementou:

“*Habeas corpus*. Entorpecente. Inteligência do artigo 16 da Lei n.º 6.368/76. A expressão adquirir, segundo o consenso da doutrina, tem o sentido da obtenção da *res*, a título oneroso ou gratuito. O uso de entorpecente pressupõe a aquisição. O exame de corpo de delito, em face do desaparecimento de vestígios, pode ser suprimido pela prova testemunhal (art. 167 do Código de Processo Penal). Recurso provido.”

Eis, portanto, o princípio norteador da matéria, também para o ilícito de venda, porquanto quem vende, de algum modo deve ter adquirido o tóxico, ou de algum modo o detém.

Ademais disto, desaparecendo o objeto, se a prova testemunhal me fornece os detalhes suficientes para recompor os elementos da existência material de tal objeto, a maconha, no caso, comprovadamente existiu, tendo desaparecido o corpo de delito, mas não a possibilidade da feitura do exame do corpo de delito, pela via indireta.

Creio que a visão global deste capítulo foi possível através deste bosquejo, convido arrematar com a orientação de que o artigo 34, falando em perda do veículo, embarcação ou qualquer meio de transporte do psicotrópico, ou de fabrico, diz que passarão à propriedade do Estado, se refere ao Estado unidade federativa, e não ao Estado nação juridicamente organizada.

O artigo 74 do Código Penal, igualmente, propõe a perda de instrumento e produtos de crimes, como efeito da condenação.

Só que o artigo mencionado, no item II, taxativamente fala em perda para a *União*, e a Lei Antitóxicos, § 2.º do artigo 34, fala expressamente na perda de qualquer dos bens referidos no *caput*, os quais passarão à propriedade do Estado, após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Fazendo a diferença, mudou a destinação, incumbindo o cuidado ao juiz que decidir a causa.

e) *Disposições gerais (artigos 36 a 47)*

As disposições gerais da Lei Antitóxicos contam com doze artigos e discorrem sobre vários temas — penais, processuais penais e administrativos.

O artigo 36 aponta os delitos de tóxicos como norma penal e, assim, não estando a substância psicotrópica incluída na lista do Ministério da Saúde, através do órgão competente (sua difusão, uso, etc.) não poderia ser considerada criminosa, o que seria, por seu turno, uma temeridade.

O Dr. Grecco Filho admite, por obediência à lei, a impossibilidade de apenar-se delinqüente só por drogas previamente relacionadas pelo S.N.F.M.F. porém observa com propriedade que, para a incidência penal, não há necessidade do relacionamento da especialidade farmacêutica, isto é, do nome comercial do remédio ou substância; importa, segue dizendo, é que a substância, como composição química, seja relacionada, mesmo que não exista ainda nome comercial ou farmacêutico idêntico ou este seja diferente.

Em julgamento levado a efeito pelo Tribunal de Justiça, o recorrente aduziu estar isento de pena porque o componente químico apreendido em seu poder não estava relacionado na lista do Ministério da Saúde como tóxico.

Negou-se provimento ao apelo, porque o componente era de estrutura de uma substância fármaco-psicotrópica constante da lista.

Aspecto de real importância foi a modificação introduzida no que toca à pena pecuniária, que agora passa a ser em dias-multa, com possibilidade de atualização nos termos da Lei n.º 6.205/75, artigo 2.º.

O artigo 37 atribui à autoridade policial capacidade para, fundamentadamente, classificar o fato com vistas à caracterização do crime, tendo presentes natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação delituosa, circunstâncias da prisão, conduta e antecedentes do detido.

Eu, particularmente, acho que o artigo em estudo não deveria dar à autoridade policial capacidade para fornecer a classificação legal do fato, mas tão-somente descrever todas as circunstâncias antecedentes, conseqüentes e concomitantes ao fato delituoso; só isto.

Ao Ministério Público é cometida a tarefa de tipificar, na denúncia, o ilícito, sendo certo que nem mesmo esta classificação é definitiva, de tal modo pode ela vir a ser alterada, tanto pela definição jurídica diversa, como pela nova definição, por força dos artigos 383 e 384 do CPP sem contar que não trouxe novidade alguma.

Estas são algumas das facetas das disposições gerais que me pareceram destacáveis para esta conversa, porquanto tudo na legislação é fundamental, mas o tempo, evidentemente, não permite discorrer sobre todos os ângulos da norma epigrafada.

As críticas não trazem sentido de agressão. Até, pelo contrário, mostram o interesse e a preocupação que se tem com o assunto, coisa que os omissos não demonstram.

Os desafios não se cingem só ao campo dos tóxicos, mas sem dúvida este é de fundamental importância para a sobrevivência do homem, por isso a luta não deve ser apenas dos detentores do poder, nem daqueles que se vêem envolvidos diretamente com o problema.

O professor argentino Rafael Sajon, que tive o privilégio de conhecer em 1974, quando fiz estágio na Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, no Rio de Janeiro, preconiza, como forma de solver o problema dos tóxicos, a internacionalização do delito, ou seja, tornar o delito de caráter internacional de tal modo que, onde quer que se homizie o agente, aí poderá ser alcançado pela lei, pela ação ilícita praticada onde quer que seja.

Assim também penso eu.

Oxalá que a idéia se estabeleça, e quanto antes melhor, com a ajuda de todos os governos, de todos os segmentos sociais e de todos os cidadãos que realmente pensam no bem comum, na solidariedade humana, e não, demagogicamente, na implantação de ideologias estranhas que, por elas, seria viável a modificação da sociedade e dos seus costumes.

Obrigado.

**INFORMAÇÃO
EM MANDADO
DE SEGURANÇA**

MANDADO DE SEGURANÇA

*Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1.ª
Vara Cível desta Capital*

Valmir Ferreira Battu, já qualificado, alega, como fundamento de pedir, resumidamente, os seguintes fatos:

a) que, em 26 de dezembro de 1979, lhe foi concedido um alvará pela autoridade competente da Delegacia Especializada de Ordem Política e Social, mediante a documentação exigida por lei;

b) que, em 10.01.80 "autoridade daquela delegacia" (DEOPS) revogou, através de Portaria, o mencionado Alvará;

c) que, em amparo de sua pretensão, estabelece o artigo 8.º, do Decreto n.º 50.532, de 03.05.61, que somente "mediante representação das autoridades federais ou estaduais, poderá o Ministro da Justiça e Negócios Interiores cassar a autorização de funcionamento das empresas a que se refere este decreto".

Estes, em angusta síntese, os fatos alegados pelo impetrante, para requerer a liminar, a fim de continuar funcionando seu escritório e, afinal (implicitamente) o restabelecimento de seu suposto direito líquido e certo.

Excelentíssimo Senhor Dr. Juiz de Direito, para as informações solicitadas

por V. Excia., achamos por bem realçar os seguintes aspectos que o caso comporta:

I

Condição de Validade do Ato Administrativo:

Existência de um Sujeito Competente

Constitui noção indubitosa, soluta anos a reio, que a primeira condição da legalidade é a competência do agente, ou seja, a quantidade de poder atribuída a um agente para a prática de um determinado ato administrativo. A sabendas, asseire mesmo o ínclito Caio Tácito que "não é competente quem quer, mas quem pode, segundo as normas de direito" ("O Abuso do Poder Administrativo no Brasil", Rio, 1959, pág. 27).

Sem a existência de um sujeito competente não se pode falar em ato administrativo válido. Se alguém incompetente pratica um ato, embora possa ele produzir efeitos, poderá vir a ser anulado, por vício de competência.

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito, infere-se dos autos e pelo requerimento ora anexado (doc. n.º 01) que o impetrante requereu ao "DELEGADO DO DEPARTAMENTO

DE ORDEM POLÍTICA E SOCIAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL”, alvará de licença para o funcionamento do escritório de investigações Cíveis e Criminais, denominado “Gabinete de Investigações Cíveis e Criminais”.

Acertadamente o alvará — tomado pelo impetrante como alvará de licença — foi requerido ao agente administrativo que dispunha de poder legal para praticá-lo, agente este que imediatamente requereu informações às autoridades policiais de determinadas localidades por onde, segundo alegação do impetrante, este ultimamente havia passado.

Neste interregno — enquanto aguardava as informações — o escrivão Augusto Nogueira de Mattos, que já havia opinado favoravelmente ao requerido pelo impetrante, como se vê do documento de fls. 08, extrapolando dos poderes que lhe eram atribuídos, concedeu ao impetrante o alvará n.º 5239, com se delegado fosse. Note, Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz, que referido alvará, *a despeito de ser assinado pelo Senhor Escrivão Augusto Nogueira de Matos* leva em seu preâmbulo os seguintes dizeres: “O DELEGADO DA DEOPS atendendo que (*sic*) requereu o Valmir Ferreira Bantu, proprietário do ESCRITÓRIO DE INVESTIGAÇÕES “CIVIS E CRIMINAIS”, situado à Rua 26 de Agosto, 384, 10.º Andar, sala 104, Edifício 26 de Agosto... *resolve conceder-lhe o competente Alvará* para funcionamento de seu escritório de Investigações “Cíveis e Criminais” (grifamos).

Evidencia-se, conseqüentemente, a incompetência do Senhor Escrivão, para a concessão do Alvará. E todo ato administrativo emanado de agente incompetente é inválido, por lhe faltar

um elemento básico de sua legalidade, qual seja a correta manifestação da vontade da administração. Neste sentido a doutrina é uníssona. A jurisprudência pacífica.

O ato alvará existiu, esgotou mesmo o ciclo de sua formação, mas não se achava conformado às exigências normativas, razão por que foi anulado pela autoridade administrativa competente, a ora acimada de coatora, através da Portaria n.º 001/80 que tornou sem efeito o alvará n.º 5239/79.

É certo que naquela portaria a autoridade declinou o motivo por que tornava sem efeito o alvará, entrando no mérito de uma tipificação criminal, mas não menos certo que qualquer alvará para funcionamento de estabelecimento, é um ato praticado no exercício de uma competência vinculada que, *in casu*, fora atribuída legalmente à autoridade coatora, conforme decreto governamental publicado no Diário Oficial n.º 175 de 11.09.79 e portaria da Diretoria Geral de Polícia Civil n.º 119/79, de 25 de outubro de 1979.

Este o primeiro aspecto, que levamos à alta consideração de Vossa Excelência o *quantum satis* para julgar improcedente o *mandamus* e tornar vazia a afirmação do impetrante segundo a qual:

“em 26 de dezembro próximo passado, foi concedido ALVARÁ pela *autoridade competente* da Delegacia Especializada de Ordem Política e Social”, (grifamos).

Todavia o impetrante, como se depreende de sua douda impetração (fls. 03), não se conforma “com o ato da revogação”, de alvará, ficando, conseqüentemente, no campo exclusivo da competência e oportunidade da medida, porquanto só se revoga o que é le-

gítimo, mas inconveniente e inoportuno. Contudo, como visto, o ato — alvará de licença — é nulo, por vício de competência.

II

Mesmo se fosse legítimo o Ato Administrativo, ele, à sociedade, é inconveniente ao interesse público

Evidenciou-se no item I ser o ato administrativo nulo, por vício de competência, mas, quando assim não seja, o que se diz apenas para argumentar, o alvará concedido poderia ser revogado, eis que o impetrante, *data venia*, não se faz merecedor, infelizmente, dos melhores elogios, basta atentar para as informações (docs. anexos) sobre sua pessoa, para, "*ictu oculi*" se inferir que não seria conveniente à sociedade um escritório, denominado "Gabinete de Investigações Cíveis e Criminais" que tivesse à frente um diretor com passagens várias pela polícia. Restaria, via de consequência, com fundamento no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, à Administração revogar o alvará concedido, já que aqueles interesses, — o público e o particular — *in casu*, seriam, evidentemente, incompatíveis.

Por outro lado, Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito, a lei em que se embasa o impetrante — Lei n.º 3.099, de 24.02.57, parece-nos de duvidosa aplicação ao exercício da atividade que o impetrante pretende resguardar. Com efeito, ela, como se percebe do documento de fls. 12, cuidou de determinar as condições para o funcionamento de estabelecimentos e informações reservadas ou confidenciais, comerciais ou particulares. Determinou que só poderão funcionar depois de registra-

das nas Juntas Comerciais com observância de todas as formalidades legais (art. 1.º). Estabeleceu que as informações serão sempre prestadas por escrito, em papel que contenha impressos o nome de estabelecimento, o da sociedade e, por extenso, o de um gerente ou diretor, pelo menos (art. 2.º). Disse que a observância de suas disposições não exime os interessados do cumprimento de quaisquer outras exigências legais (art. 3.º). Deu aos estabelecimentos, já em funcionamento, o prazo improrrogável de noventa dias para regularizarem sua situação (art. 4.º). Finalmente, obrigou-os ao fornecimento de todas as informações que lhes forem solicitadas pela polícia (art. 5.º). E mais não prescreveu.

A impressão que se tem, fortalecida pela leitura da justificativa com que o então deputado Campos Verbal apresentou o projeto que nela se converteu, é de que essa lei tem por destinatários os estabelecimentos que se ocupam com a prestação de informações cadastrais e confidenciais a bancos, ou ao comércio e à indústria, para fins creditícios. Não nos parece que o exercício da profissão de detetive particular constitua seu objeto.

Todavia, ainda que assim não seja, deve ser salientado que a lei não legitima a cassação da autoridade de funcionamento que ela regula à prévia representação das autoridades federais ou estaduais ao Ministro da Justiça. Disso cuida, sim, o Decreto n.º 50.532, de 03.05.61, que a regulamenta mas, estreme de dúvidas, com exorbitância sobre a lei regulamentar, que, diga-se de passagem, foi produzida em regime constitucional de vedação absoluta de delegações legislativas.

E é indubitável que o Estado, através de um órgão desconcentrado da

administração direta, porta, pelo critério fundamental da discriminação constitucional de competência, quantidade de atribuição (Art. 13, § 1.º da C.F.), para o desempenho de atividades de Polícia Administrativa, que, no presente caso se deu, concretamente, com a cassação de alvará, eis que a continuidade do funcionamento do estabelecimento do impetrante era contrário ao interesse público, o qual paira sobre o interesse particular, o que constitui verdadeiro axioma no moderno direito público. Proclamar a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, é, no caso, condição, até mesmo, de sobrevivência e asseguramento deste último.

Em vista do exposto, quer considerando o ato administrativo como praticado no exercício de uma competência vinculada (item I), o que nos parece correto, quer o considerando praticado no exercício de uma competência discricionária (item II), o que fizemos para argumentar, não

deve prosperar, afinal, a impetração, de vez que o Supremo Tribunal Federal em duas súmulas, já assentara que “a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos” e que “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (Súmulas n.ºs 346 e 473, respectivamente).

Estas as informações que submetemos à alta consideração de Vossa Excelência.

Campo Grande, 25 de janeiro de 1980.

Nelson Salomão Saigali
Delegado de Polícia da Delegacia
de Ordem Política e Social

Claudionor Miguel A. Duarte
Procurador do Estado

MANDADO DE SEGURANÇA

*Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1.ª
Vara Cível desta Capital*

O impetrante, na qualidade de leiloeiro oficial do Estado, devidamente habilitado perante a JUCEMS, com fulcro no disposto no artigo 10 do Decreto-Lei Estadual n.º 113 de 30.04.79, que regulamentou o Decreto-Lei Estadual n.º 19 de 1.º/01/1979 — Lei básica sobre licitação —, interpôs Mandado de Segurança contra ato do Departamento de Estradas de Rodagens do Estado de Mato Grosso do Sul — DERSUL, uma vez que o mesmo “conforme edital n.º 05/80, publicado no jornal “Correio do Estado” em sua edição de 01/02/80 estabelece, sem sucedâneo legal, alienação de veículos e máquinas, por concorrência, modalidade esta não prevista expressamente como a forma processual exata de venda de bens públicos estaduais, consoante o Decreto n.º 113, de 30.04.79, contrariando com isso, a lei vigente e sobretudo o direito adquirido do impetrante em pelo menos pretender a sua participação, como leiloeiro oficial na alienação dos referidos bens pertencentes ao Estado”, terminando por solicitar a anulação do ato, através de medida liminar que fora concedida.

Asseriu antes o impetrante, à guisa

de dar sustentáculo à sua pretensão, que referido “decreto estabeleceu expressamente o leilão realizado por leiloeiros *como a única forma viável e legal* para a realização de venda de bens móveis e imóveis do Estado, eliminando por completo assim, qualquer hipótese de outra forma se realizar” (grifamos).

De início, cabe fazer dois reparos à inaugural, que a tornam inepta.

1.º) O impetrante interpôs o Mandado de Segurança contra ato do Dersul, quando é sabido que somente tem cabimento esse remédio jurídico contra ato de autoridade e não contra os órgãos da Administração;

2.º) Não esclarece o impetrante, de forma escorreita, o que pretende anular, se a licitação pela forma eleita da concorrência, excluindo a participação do impetrante ou se apenas o edital, como dá a entender em sua parte final;

Entretanto, em qualquer dos casos previstos no item 2.º, nulidade da licitação ou do edital, que via de consequência levaria também à primeira, não teria qualquer cabimento a arguição, de vez que a Administração, em razão do artigo 47, n.º 11, do mesmo Decreto licitatório, pode utilizar-se quer da concorrência, quer do leilão, para alienação de seus bens móveis, dispo-

sição essa que não contraria qualquer outra norma maior, senão que apenas regulamenta a Legislação básica estadual sobre a licitação:

Efetivamente, dispõe o artigo 47 do Decreto n.º 113, II, de 30.04.79:

Art. 47 — A alienação de bens do Estado, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será sempre precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

II — quando móveis será processada nas modalidades de concorrência ou leilão.

Note, Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito, que a supra citada disposição apenas repete o que estabelece o artigo 25, II, do Decreto-Lei n.º 19, de 1.º de janeiro de 1979, nossa lei maior sobre o assunto:

Com efeito, prescreve o artigo e inciso citados:

Art. 25 — A alienação de bens do Estado, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será sempre precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

II — quando móveis, será processada nas modalidades de concorrência ou leilão:

A douta impetração não juntou a Lei básica sobre o procedimento, todavia o Decreto n.º 113 que a regulamentou instrui a inicial do *Writ*, e lá, no artigo 47, II, poderá V. Excia. verificar que a autoridade (?) acoimada de coatora agiu conforme determina a lei.

Com efeito, no caso em exame, simplesmente a Administração optou pela concorrência, como reconhece o impetrante, onde obviamente não há participação de leiloeiro oficial, como no do leilão, vez que o procedimento daquela é diverso do deste. Em sendo

escolhida para alienação de bens móveis a modalidade de licitação denominada concorrência, evidencia-se que não poderia ter na mesma qualquer participação do impetrante como leiloeiro, vez que não se estaria efetivando qualquer leilão.

Dessa maneira, embora se pudesse admitir o direito do impetrante de funcionar nos leilões efetuados pelos órgãos estaduais, todavia, isso não impede que os mesmos, dentro dos critérios de conveniência e oportunidade, possam também se valer das concorrências para alienação de bens móveis, como, aliás, prevê expressamente a legislação citada, uma inclusive juntada pelo impetrante, e como de resto a legislação de todos os demais Estados da federação, bem como a da órbita federal.

Quer nos parecer, Excelentíssimo Senhor Juiz, que o impetrante, *data venia*, não atentou para o fato de que o artigo 10 do Decreto n.º 113 — fundamento da impetração — não diz que o leilão é a única forma para alienação de bens móveis do Estado, mas sim que é:

“a modalidade de licitação para a venda de bens móveis e imóveis do Estado a ser realizado por leiloeiro público” (grifamos).

Contudo, Senhor Juiz, referido artigo está na seção que trata das modalidades da licitação e, entre elas, além do leilão, temos a concorrência, tomada de preços, convite e concurso, sendo certo, como já salientado, que a concorrência, *ex vi legis*, é uma das modalidades previstas para alienação de bens móveis.

Releva-se, outrossim, que o AVISO constante do jornal “Correio do Estado”, juntado pelo impetrante, é claro:

ALIENAÇÃO POR CORRESPONDÊNCIA.

Inferese de todo o exposto que não poderá prevalecer a ilação do artigo 10 do Decreto n.º 113 tirada pelo impetrante, que não interpretou as normas do referido decreto em seu conjunto, mas sim uma única delas, mesmo assim erroneamente, esquecendo-se daquela observação que o Conselheiro Ribas, já no século passado, no seu "Curso de Direito Administrativo" indicava: "as normas tomadas isoladamente não são senão um conjunto de informações diante das quais não pode deixar de transviar-se a inteligência. . ."

Sendo a liminar procedimento acautelador de possível direito do impetrante, e, mostrado *quantum satis* que, *in casu*, o impetrante carece de qualquer direito, espera seja a liminar cas-

sada para não enterrar a atividade normal do DERSUL e, afinal, não deve prosperar a segurança.

Estas as informações que submetemos à alta consideração de Vossa Excelência.

Campo Grande, 25 de fevereiro de 1980.

Departamento de Estrada de Rodagens
de Mato Grosso do Sul — DERSUL
p/s Diretor Geral
Arnaldo Ferreira de Souza

Claudionor M. A. Duarte
Procurador do Estado

Leonardo Nunes da Cunha
Consultor Jurídico

MANDADO DE SEGURANÇA

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Relator

A CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPO GRANDE, representada por seu Presidente em exercício, DR. AURÉLIO CANCE JÚNIOR, e este, defendendo interesse próprio, impetram o presente "*mandamus*" formulando o seguinte pedido, "*verbis*".

"a) liminarmente, *enviem ordem* ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, Dr. Marcelo Miranda Soares, *para que não mande* ou se já o fez, *que retire* da Assembléia Legislativa Estadual sua *Mensagem*, *propondo* a nomeação do Prefeito de Campo Grande, e ou se *abstinha*, por qualquer outro meio ou ato *de nomeá-lo* na pessoa do Senhor Albino Coimbra Filho;

b) Vencidas as formalidades legais que a medida requer, seja a segurança impetrada julgada procedente para, mantendo-se a liminar, *reconhecer aos impetrantes o direito de manter e ser mantido no cargo que defendem*;

c) Seja, por derradeiro, *negado* ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul o *direito* de sob qualquer expediente *nomear* o Senhor Albino Coimbra Filho, Prefeito de Campo Grande, pelas razões já apontadas e *por* meramente *danoso* ao interesse legítimo dos Impetrantes" (grifamos).

"Os Fatos e os Fundamentos Deduzidos no Pedido"

O DR. ALBINO COIMBRA FILHO assumiu a Prefeitura Municipal de Campo Grande, Capital do Estado de Mato Grosso do Sul, em substituição legal ao Dr. Marcelo Miranda Soares, então Prefeito e que renunciara para assumir, por nomeação do Exmo. Senhor Presidente da República, o cargo de Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

A substituição ocorreu em virtude de ser o Dr. ALBINO COIMBRA FILHO, Presidente da Câmara Municipal de Campo Grande e de estar extinto o mandato do Vice-Prefeito, DR. ALBERTO CUBEL BRULL.

Em decorrência desses fatos, o ora Impetrante, DR. AURÉLIO CANCE JÚNIOR, na qualidade de Vice-Presidente da Câmara Municipal, assumiu a Presidência daquela Casa.

O Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, no exercício de sua competência discricionária, decidiu nomear o DR. ALBINO COIMBRA FILHO para o cargo de Prefeito da Capital e, para tanto, cumprindo os mandamentos constitucionais e legais, submeteu à Assembléia Legislativa a aprovação do nome para a investidura no cargo. Desta forma, o DR. ALBINO COIMBRA FILHO passaria a exercer o cargo de Prefeito da Capital

não mais em substituição, mas como seu titular, provendo-o.

Os ora Impetrantes, todavia, através do presente "*Writ*" insurgem-se contra a decisão política do Governador do Estado, consistente em submeter à apreciação da Assembléa Legislativa o nome do DR. ALBINO COIMBRA FILHO, para ocupar o cargo de Prefeito da Capital, então vago.

A Impetrante, Câmara Municipal de Campo Grande, alinhou, como primeiro fundamento da causa de pedir a segurança, a alegação de que o cargo atual de Prefeito de Campo Grande pertence à Câmara Municipal, que lhe foi conferido pelo poder popular, e não ao Chefe do Poder Executivo Estadual, invocando, ainda, o artigo 44 da Lei Complementar n.º 31, de 1.10.77.

Como segundo fundamento dessa Impetração, esteando-se no artigo 40, da Lei Orgânica dos Municípios (Lei n.º 3.770/76, do Estado de Mato Grosso), artigo 40 da Lei Complementar n.º 31/77, artigo 174 e artigo 132, da Constituição Estadual e artigo 23, do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Campo Grande, deduz a alegação de que, estando o DR. ALBINO COIMBRA FILHO exercendo o cargo de Prefeito, em caráter de substituição e na qualidade de Presidente da Câmara Municipal, a sua nomeação para o mesmo cargo, por ato da autoridade impetrada, seria inconstitucional por violar a Lei Complementar n.º 31/77.

O terceiro fundamento arguido pela Impetrante é o de que a Presidência da Câmara Municipal tem legitimidade para se socorrer do "*writ*" para defesa de seus interesses.

O Impetrante, DR. AURÉLIO CANCE JÚNIOR, em suas razões e como quarto fundamento lançado na

impetração, aponta possível lesão ao seu direito de permanecer no exercício da função de Presidente da Câmara Municipal, em substituição legal ao DR. ALBINO COIMBRA FILHO, que se encontra no exercício do Poder Executivo Municipal, também em substituição legal. A ameaça de lesão, segundo alega, decorre da circunstância de que, com a nomeação do Presidente da Câmara Municipal para o cargo de Prefeito da Capital, nova eleição será realizada naquela Casa Legislativa como consecutório da renúncia do titular e conseqüente vacância do cargo de Presidente.

Em angusta síntese, quer a segurança para continuar exercendo a presidência da Câmara Municipal de Campo Grande, na qualidade de seu Vice-Presidente.

Por derradeiro, sob o título de "do direito a tutelar", insiste o Impetrante no aspecto de que, com a vacância do cargo de Presidente e a conseqüente eleição do seu sucessor — e não substituto — conforme prescreve o Regimento Interno da Câmara Municipal, determinaria o seu afastamento do cargo que ocupa em substituição legal.

Preliminarmente:

I

Impetrou-se, como visto, a segurança com a finalidade de se conseguir uma ordem judicial que impeça o Chefe do Executivo Estadual de mandar "ou se já o fez, que retire da Assembléa Legislativa Estadual sua mensagem, propondo a nomeação do Prefeito de Campo Grande, e ou se abstenha, por qualquer outro modo ou ato de nomeá-lo na pessoa do Senhor Albino Coimbra Filho".

Inferese, pois, do requerido pela douda impetração, que o ato contra o qual se insurgem os impetrantes — envio da mensagem —, é um ato político ou de Governo, praticado no exercício de função puramente política e não administrativa, não sendo sequer ato administrativo (v. g. Celso Antônio Bandeira de Mello, in “Elementos de Direito Administrativo”, Editora RT., pág. 37).

Com efeito, o envio de mensagem ao Legislativo pelo Executivo é um ato político praticado em obediência direta à Constituição (Art. 58, IX da CE), e, como tal, somente o Chefe do Poder Executivo pode aquilatar de sua conveniência ou oportunidade, sob pena de ocorrer uma indevida intromissão do Poder Judiciário não somente na seara do Poder Executivo como também, e, sobretudo, na do Legislativo, maculando, assim, o disposto no artigo 6.º, § único da C. Federal, motivo por que devem os impetrantes ser tidos como CARECEDORES do pedido.

II

Vê-se, por outro lado, na espécie, inviabilidade do *mandamus* já que, na hipótese de concessão da ordem, o *mandado*, para os fins requeridos — não enviar a mensagem, ou se já enviou retirá-la — não poderá ser cumprido pelo impetrado, só lhe restando esclarecer à Justiça sobre a impossibilidade jurídica de sua execução, já que a mensagem foi enviada, sendo inclusive aprovada pelo Legislativo.

Essa inviabilidade funda-se na máxima “*ad impossibilia nemo tenetur*”: ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível. Se as providências pedidas no mandado já foram cabalmente exe-

cutadas, os Impetrantes são CARECEDORES da segurança contra o Impetrado, por absoluta falta de possibilidade jurídica para seu cumprimento.

Ademais, a nomeação do Prefeito da Capital já ocorreu em 18/03/80, dentro de uma margem de liberdade legítima conferida ao Governador do Estado, que, no exercício de uma competência discricionária, nomeou para Prefeito da Capital, DR. ALBINO COIMBRA FILHO, tendo o mesmo tomado posse em 19/03/80.

III

Quando não bastasse a carência do *mandamus* pelos motivos apontados, releve-se que a primeira impetrante é a CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPO GRANDE, e não um Vereador componente daquela r. Casa de Leis, quando é cediço que o remédio extraordinário é outorgado para garantia de direito de pessoas, que exerçam a vereança, sendo que a primeira impetrante não pode exercer o *munus* público de vereador, razão pela qual o ato não lhe diz respeito sendo, pois, ilegítima a pretensão. Aliás, a jurisprudência, sempre se orientou no sentido contrário à representação de interesses *individuais* por órgãos *coletivos*.

O V. aresto trazido à colação, *data venia* não se presta a autorizar a impetração pela Câmara de Campo Grande, porquanto lá, tendo a Câmara Municipal de Campos Novos Paulista, aprovado vários requerimentos solicitando ao Prefeito certidões e informações sobre atos administrativos, e não atendendo este ao que lhe foi solicitado por aquela, impetrou-se o mandado que resultou no aresto citado pela impetração, para se obter as mencionadas certidões e informações.

Notem que enquanto aqui a Câmara Municipal através do "writ", quer ver assegurado o direito do Senhor Albino Coimbra Filho de permanecer exercendo as funções de Prefeito da Capital na qualidade de Presidente da Câmara (Direito individual), lá a Câmara Municipal de Campos Novos Paulista percute a defesa de um interesse coletivo da edilidade.

Vê-se na espécie, portanto, inviabilidade do *mandamus* quanto ao direito formal, pela falta do requisito legal da legitimidade de parte, seja para litigar em nome próprio, seja por substituição processual, e quanto ao direito material deduzido, por não estar caracterizado agravo a direito líquido e certo da Câmara Municipal de Campo Grande, em decorrência de ilegalidade e abuso de poder.

Mérito:

A pretensão deduzida neste mandado de segurança, "*data maxima venia*", é desprovida de qualquer juridicidade. Senão vejamos:

A Lei Complementar n.º 31, de 11/10/77, que criou o Estado de Mato Grosso do Sul, dispôs, em seu artigo 3.º, que Campo Grande é a Capital do Estado, cujo Prefeito, nos termos do artigo 15, § 1.º, da Constituição Federal, passou a ser nomeado pelo Governador do Estado, mediante aprovação pela Assembléia Legislativa.

Entretanto, a mencionada Lei Complementar, em seu artigo 44, ressalvando a investidura do então atual Prefeito eleito através do voto popular, prescreveu que a nomeação nos termos do artigo 15, § 1.º, da Lei Magna, seria feita somente após o término do seu mandato (do prefeito eleito).

De início, convém ressaltar que os

Impetrantes, quando transcrevem o artigo 44 do citado diploma legal, usam a preposição *DE*, ao invés da contração da preposição *DE* com o artigo *O*, buscando, desta forma, tornar indefinida uma situação que, "*ex vi legis*", é perfeitamente determinada, situação esta, *consubstanciada naquele mandato do Prefeito que ocupava o cargo ao tempo da edição do texto de lei em causa*. Ou seja, o mandato obtido pelo DR. MARCELO MIRANDA SOARES, que a ele renunciou, porém, em junho de 1979.

Mercê de tal fato, o mandato preservado pela lei deixou de existir com a renúncia de seu titular, daí a aplicação "*pleno jure*" do § 1.º do artigo 15, da Constituição Federal, a partir da renúncia.

A vacância do cargo de Prefeito determinou, ainda, que o Presidente da Câmara Municipal viesse, em substituição legal, a exercê-lo. De consequência, o Vice-Presidente da Câmara, ora segundo impetrante, no impedimento do presidente — que passou à Chefia do Executivo — foi alçado ao exercício das funções daquele cargo integrante da Mesa da edilidade campo-grandense.

Destarte, não tem qualquer sentido acoimar de ilegal e abusivo o ato político da autoridade impetrada consistente no envio de mensagem ao Poder Legislativo para aprovação do nome indicado a ocupar o cargo de Prefeito da Capital, pois estando ele vago, compete ao Governador do Estado, por determinação constitucional, provê-lo por nomeação.

A circunstância de a escolha recair na pessoa do DR. ALBINO COIMBRA FILHO é despida de qualquer consequência jurídica, para o desfecho deste *mandamus*, pois que o Juízo de mérito nesta opção é inerente ao exercício da

Chefia do Poder Executivo Estadual.

Eliminado o fundamento da douta impetração de que a autoridade impetrada não poderia enviar Mensagem ao Legislativo, com o intuito de prover o cargo de Prefeito da Capital, resta saber se, com a renúncia do Presidente da Câmara de Vereadores, há ou não, necessidade de se fazer nova eleição para preenchimento daquele cargo.

Impondo-se a afirmativa, tem direito o segundo Impetrante de permanecer no exercício da Presidência.

Ao contrário, não.

O Regimento Interno da Câmara Municipal, ato "*interna corporis*" do Poder Legislativo, aprovado pela Resolução n.º 672, estabelece no seu artigo 16, "*in verbis*":

"Art. 16. Vagando-se qualquer cargo da Mesa, será realizada eleição no expediente da primeira sessão seguinte, para completar o biênio do mandato".

Ora, com a renúncia da Presidência da Mesa da Câmara, cujo titular é o DR. ALBINO COIMBRA FILHO, nova eleição para o preenchimento do cargo para complementar o biênio se impõe, como resultado da inequívoca disposição regimental, diga-se de passagem, de clareza meridiana.

Demais disso, merece realce evidenciar que a questão suscitada pelo impetrante quanto à perda do exercício da Presidência da Câmara, em face de que nova eleição será feita para a escolha do sucessor do Presidente que renuncia, é matéria, como já ressaltado, "*interna corporis*" do Poder Legislativo, que além de se situar em posição alheia ao alcance do Poder Judiciário, não tem qualquer reflexo quanto ao pedido de segurança, que se dirige, única e exclusivamente, contra o ato do Governador do Estado que encaminhou Mensagem ao Legislativo indicando o nome do DR. ALBINO COIMBRA FILHO para prover o cargo de Prefeito da Capital.

São estas as informações solicitadas, que temos a honra de encaminhar a Vossa Excelência.

Marcelo Miranda Soares
Governador do Estado

Claudionor M. A. Duarte
Evandro Ferreira de Viana
Bandeira
Procuradores do Estado

MANDADO DE SEGURANÇA

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Relator Nelson Mendes Fontoura.

I

Lauvídio Pereira da Cunha impetra mandado de segurança contra ato do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, alegando, resumidamente, os seguintes fatos:

1.1 Que, em 28 de abril de 1978, teve ingresso no serviço público por nomeação, para exercer o cargo em comissão de Inspetor de Exatorias;

1.2 Que, quando foi oficializada a divisão territorial do Estado de Mato Grosso, foi incluído no Quadro Provisório do novo Estado de Mato Grosso do Sul, na situação funcional em que se encontrava, ou seja, Inspetor de Exatorias, nos termos do artigo 24, parágrafos 1.º e 2.º da Lei Complementar n.º 31, de 1 de outubro de 1977;

1.3 Que o Estado de Mato Grosso do Sul, através do Decreto-Lei n.º 1, de 1.º de janeiro de 1979, reafirmou no artigo 44 e parágrafo único, que seria mantida a situação real de 31 de dezembro de 1978, na lotação de quaisquer órgãos da Administração Direta e Entidades Autárquicas;

1.4 Que, inobstante estar o impetrante em gozo de férias, o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado aplicou-lhe a sanção abusiva, consubs-

tanciada no ato de exoneração, publicado no Diário Oficial de 16 de novembro de 1979;

1.5 Que esqueceu-se a autoridade coatora de que o impetrante não pertence ao Quadro Permanente do Estado de Mato Grosso do Sul, mas sim ao Quadro Provisório, oriundo do Estado de Mato Grosso, não sendo mais "demissível *ad nutum*".

Estes, Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator, em angusta síntese, os fatos deduzidos no *mandamus*.

II

Para as informações solicitadas por V. Exa., achamos por bem realçar os seguintes aspectos que o caso comporta:

2.1 Efetivamente o impetrante foi nomeado, em 28 de abril de 1978, para exercer o cargo em comissão de Inspetor de Exatorias, conforme consta do documento anexo ao *Writ*, e, como tal, foi abrangido pela Lei Complementar n.º 31, por força do disposto em seu artigo 24, na situação funcional em que se encontrava, qual seja, Inspetor de Exatorias, ocupante de um cargo de provimento em comissão, sendo, conseqüentemente, aplicáveis as regras desta forma de provimento de cargo público ao impetrante, que, como já se disse, ocupava cargo daquela natureza.

2.2 Entretanto, referido artigo da

Lei Complementar n.º 31 não deu ao impetrante, como alega, o direito de não ser exonerável “*ad nutum*”, sendo esta, *data venia*, uma ilação forçada e desprovida de qualquer juridicidade.

A tese do impetrante sobre importar na transformação da natureza do instituto jurídico do cargo em comissão, vocacionado sempre a ser preenchido por um ocupante transitório que nele não obterá fixidez, esbarra, outrossim, no artigo 97 § 2.º da Carta Magna, que dispõe precisamente sobre a livre exonerabilidade dos ocupantes de cargos de livre provimento.

Na verdade, é inconcebível a conciliação do caráter transitório da prestação do serviço do impetrante, decorrente do próprio ato governamental que o nomeou, com o requisito da perenidade de vínculo jurídico que une o funcionário ao Estado. Com efeito, o instituto da efetivação — que é a estabilidade em um cargo de provimento efetivo — não há de ser reduzido em suas conseqüências, nem alterado em sua integridade, para compreender esdrúxula hipótese de uma vinculação permanente com o poder público, oriunda de uma vinculação transitória e precária.

Em suma, o que pleiteia o impetrante é a transmutação de uma situação precária, originária de uma nomeação para provimento de um cargo em comissão, para outra definitiva ou permanente, extraindo da norma complementar efeitos jurídicos que ela não possui, de vez que, à evidência, a mencionada lei não pode, sob nenhuma hipótese, alterar ou violentar a natureza jurídica do cargo em comissão, que traz insito, por força constitucional, o poder conferido ao administrador de livre nomear bem como de livre exonerar, isto é, que tem poder para rea-

lizar a precária inclusão de alguém como titular de um cargo também o possui para, à sua vontade, desligar dele o ocupante.

Ademais, o fato de ter sido o impetrante exonerado quando gozava suas férias, não implica em qualquer ilegalidade ou abuso de poder praticados pela autoridade acoimada de coatora, porquanto as férias não têm o condão de restringir em nada o poder de exonerabilidade detido pelo administrador, em relação aos ocupantes de cargo em comissão.

2.3 Sobreleva-se, ainda, que o impetrante não sofreu, como sustenta em sua douda impetração, nenhuma sanção, eis que demissão não houve e sim simples exoneração promovida no exercício legal de uma competência discricionária. *Concessa maxima venia*, mas o argumento da impetração, à guisa de demonstrar o seu suposto direito líquido e certo, segundo o qual “o Exmo. Sr. Governador do Estado aplicou-lhe *sanção abusiva*, consubstanciada no ATO DE EXONERAÇÃO” (realce e grifo no original), revela a fragilidade de suporte jurídico do *Writ*, vez que o impetrante como funcionário público em comissão, provido a título precário, teve rompido o vínculo jurídico da função pública por razões de mérito e não por ter incorrido em falta que autorizasse aquele rompimento, que, se ocorrida, haveria demissão, como medida punitiva, e não exoneração como houve.

Calha à fiveleta a elementar distinção entre demissão e exoneração, como se pode ver in “Dicionário de Direito Administrativo”, José Cretella Júnior, Editora Forense, 1978, pág. 239, verbete “exoneração”:

“Não se confundem os institutos da demissão e da exoneração, porque a

primeira é sanção, penalidade, ao passo que exoneração é dispensa quer “a pedido” do funcionário quer “por conveniência” da Administração, nas hipóteses em que o agente público pode ser destituído”.

De todo o exposto, evidencia-se que o pedido não se assenta em matéria que envolve qualquer direito, precipuamente direito líquido e certo, razão por que não há como prosperar.

Estas as informações que temos à honra de levar à alta consideração de V. Exa., Sr. Dr. Des. Relator.

Marcelo Miranda Soares
Governador do Estado

Arnaldo Rodrigues
Claudionor M. A. Duarte
Procuradores do Estado

MANDADO DE SEGURANÇA

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Relator Higa Nabukatsu.

I

Akira Otsubo impetra mandado de segurança contra ato do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, alegando, resumidamente, os seguintes fatos:

1.1. Que, em 03 de junho de 1975, teve ingresso no serviço público, por nomeação, para exercer o cargo em comissão de Guarda Fiscal GF-III, sendo, nesta condição, designado para servir como Exator EE-III, e, ao depois, nomeado, em 6 de fevereiro de 1976, Inspetor de Exatorias, também cargo de provimento em comissão;

1.2. Que, em 23 de janeiro do corrente ano, foi exonerado do cargo de Inspetor de Exatorias, por ato unilateral da Administração "sem motivo aparente, sem processo administrativo, embora tivesse provado, sobejamente, o seu valor profissional, no desempenho das diversas funções a si delegadas".

1.3. Que é servidor do quadro provisório do Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do art. 24, §§ 1.º e 2.º, da Lei Complementar n.º 31, de 11 de outubro de 1977.

Estes, Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator, em angusta síntese, os fatos deduzidos no *mandamus*.

II

Para as informações solicitadas por V. Exa., achamos por bem realçar os seguintes aspectos que o caso comporta:

2.1. Efetivamente o impetrante foi nomeado, em 06 de fevereiro de 1976, para exercer o cargo em comissão de Inspetor de Exatorias, conforme consta do documento anexo ao *Writ*, e, como tal, foi abrangido pela Lei Complementar n.º 31, por força do disposto no seu artigo 24, na situação funcional em que se encontrava, qual seja a de Inspetor de Exatorias, ocupante de um cargo de provimento em comissão, sendo, por consequência, aplicáveis as regras desta forma de provimento de cargo público ao impetrante, que, como já se disse, ocupava cargo daquela natureza.

2.2. Entretanto, referido artigo da Lei Complementar n.º 31, assim como o artigo 44 do Decreto-Lei n.º 01, de 1.º de janeiro de 1979, nem o art. 6.º do Decreto-Lei Estadual n.º 33, de 1.º de janeiro de 1979, e nem os artigos 85 e 109 da Lei Estadual n.º 55, de 18 de janeiro de 1980, não deram, como alega o impetrante, o direito de não ser demissível *ad nutum*;

2.3. Primeiramente, Exmo. Sr. Des. Relator, mister se faz esclarecer, por necessário, que o Plano de Classificação de Cargos e Empregos é consti-

túdo de tabelas que definem o número de cargos que podem existir no Estado, a denominação dos cargos, a formação escolar exigida para ocupar cargos e, finalmente, os vencimentos correspondentes a cada cargo criado.

Assim que, pelo referido Plano, temos o enquadramento, o qual, *ex vi legis*, é “o ingresso do Pessoal do Quadro Provisório no Quadro Permanente”, *sem mudar a natureza jurídica do vínculo que une o servidor ao Estado*, sendo certo que o quadro provisório engloba todo servidor remanescente do Estado de Mato Grosso e que estava em exercício em 31.12.78, tal como definido no art. 29, inciso I, do Decreto-Lei n.º 01, de 1.º de janeiro de 1979.

2.4. A legislação estadual invocada, como já se disse, não ampara a pretensão do impetrante, eis que, sendo normas integrativas da Lei Complementar, não podem a esta se contrapor, e, na verdade, não se contra-põem, senão vejamos:

a) O art. 44 do Decreto-Lei n.º 01, de 1.º de janeiro de 1979, apenas veda, em seu parágrafo único, a movimentação de pessoal de uma para outra secretaria; mesmo assim fez a necessária ressalva, no sentido da permissão quanto aos ocupantes de cargo em comissão.

Não cuida, referido artigo, de demissão ou exoneração de servidores, providências estas, que, a toda evidência, ficam sujeitas às normas próprias, ou sejam, estatutárias, no caso dos funcionários, da CLT, na hipótese dos contratados, estando o impetrante, como exercente de um cargo de provimento em comissão, sujeito aos princípios deste instituto, os quais, quer estatutariamente, quer na Lei Laboral, são os mesmos, sobrelevando-se entre

eles o princípio da livre exoneração e o do livre provimento.

b) O prefalado art. 6.º, § primeiro, também invocado à guisa de demonstrar o suposto direito líquido e certo do impetrante, não tem aplicação na espécie, vez que, conforme se depreende do *caput* e incisos do aludido dispositivo, prevê-se aí um ordenamento a ser obedecido apenas entre os servidores concursados e contratados, existindo a alusão, no § 1.º, a cargo em comissão ou função gratificada, como mera referência para simples identificação da carreira na qual *poderá* (trata-se de uma faculdade) o servidor, nas condições dos incisos, ser incluído.

c) Os arts. 85 e 109, invocados pela impetração, não têm, outrossim, aplicação na espécie, vez que constitui noção indubitosa que as normas tomadas isoladamente não são senão um conjunto de informações diante das quais não pode deixar de transviar-se a inteligência, caso não se faça uma interpretação sistemática, e, em assim se procedendo, verifica-se que o art. 29 do Decreto-Lei n.º 01, de 1.º de janeiro de 1979, no inciso I, dispõe que o Quadro Provisório “é constituído pelos servidores *efetivos* e *contratados* do antigo Estado de Mato Grosso e de suas autarquias, absorvidos de acordo com o § primeiro do artigo 24 da Lei Complementar n.º 31, de 1.10.77”, estando, conseqüentemente, o impetrante excluído de tal disposição, pois não é efetivo nem contratado.

Quando isso não bastasse, a invocada Lei Estadual n.º 55 aplica-se exclusivamente aos servidores do Quadro Permanente e aos integrantes do Quadro Provisório, que atenderem as condições estabelecidas no art. 32 do Decreto-Lei n.º 01, de 1.º de janeiro de 1979, as quais em resumo, pressupõem

aprovação em concurso público ou contratação, em perfeita sintonia com o disposto no artigo 6.º e incisos do Decreto-Lei n.º 33, de 01 de janeiro de 1979;

2.5. Na verdade, a tese do impetrante sobre importar na transformação da natureza do instituto jurídico do cargo em comissão, vocacionado sempre a ser preenchido por um ocupante transitório que nele não obterá fixidez, esbarra, outrossim, no artigo 97, § 2.º, da Carta Magna, que dispõe precisamente sobre a livre exonerabilidade dos ocupantes de cargos de livre provimento.

Na verdade, é inconcebível a conciliação do caráter transitório da prestação do serviço do impetrante, decorrente do próprio ato governamental que o nomeou, com o requisito da perenidade de vínculo jurídico que une o funcionário ao Estado. Com efeito, o instituto da efetivação — que é a estabilidade em um cargo de provimento efetivo — não há de ser reduzido em suas conseqüências, nem alterado em sua integridade, para compreender esdrúxula hipótese de uma vinculação permanente com o poder público, oriunda de uma vinculação transitória e precária.

Em suma, o que pleiteia o impetrante é a transmutação de uma situação precária, originária de uma nomeação para provimento de um cargo em comissão, para outra definitiva ou permanente, extraindo da norma complementar e da legislação citada efeitos jurídicos que elas não possuem, de vez que, à evidência, a mencionada lei não

pode, sob nenhuma hipótese, alterar ou violentar a natureza jurídica do cargo em comissão, que traz ínsito, por força constitucional, o poder conferido ao administrador de livre nomear bem como de livre exonerar, isto é, quem tem poder para realizar a precária inclusão de alguém com titular de um cargo, também o possui para, à sua vontade, desligar dele o ocupante.

2.6. Colhe dizer ainda, que este Egrégio Tribunal, em julgando mandado de segurança envolvendo matéria semelhante à da presente impetração, impetrado por LAUCÍDIO PEREIRA DA CUNHA, de que foi relator o eminente Des. Dr. Nelson Mendes Fontoura, desacolheu, à unanimidade, a pretensão do referido servidor, descabendo, outrossim, a exigência de processo administrativo para a sua exoneração, suscitada pelo impetrante, pois que este só tem cabimento nos casos taxativos da Constituição Federal, que, obviamente, não é a hipótese.

De todo o exposto, verifica-se que o pedido não se assenta em matéria que envolve qualquer direito, precipuamente direito líquido e certo, razão por que não há como prosperar.

Estas as informações que temos a honra de encaminhar a alta consideração de Vossa Excelência, ilustre Relator.

Marcelo Miranda Soares
Governador do Estado

Claudionor M. A. Duarte
Arnaldo Rodrigues
Procuradores do Estado

MANDADO DE SEGURANÇA

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Nelson Mendes Fontoura:

I

Oswaldo Vieira de Andrade, José Benedito de Figueiredo, Francisco Pinto de Oliveira Neto, Norton Seabra e Ramon Sovierzski impetraram mandado de segurança, contra ato do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e do Excelentíssimo Senhor Presidente do Conselho Superior do Ministério Público, alegando, resumidamente, os seguintes fatos:

1.1. O Conselho Superior do Ministério Público incluiu na lista tríplice o nome de candidato que não alcançou a maioria dos votos dos presentes;

1.2. O Presidente do Conselho, por deliberação unilateral, se permitiu votar duas vezes, invocando a norma geral do artigo 17 do Código do Ministério Público, que, segundo entendem, não é aplicável ao caso, vez que este é regido por norma específica que exige escrutínios sucessivos.

1.3. Os dois nomes que alcançaram a maioria absoluta dos votos, malgrado oriundos de procedimento válido não podem prevalecer, vez que a nulidade parcial da lista tríplice, quanto à inclusão do nome que não alcançou a maioria absoluta dos votos, inquina de

nulidade toda a lista, tendo em vista a sua indivisibilidade.

Estes, Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator, em angusta síntese, os fatos deduzidos no *mandamus*.

II

Para as informações solicitadas por V. Exa., achamos por bem realçar os seguintes aspectos que o caso comporta:

2.1. O ato administrativo, como manifestação de vontade do Estado, pode ser complexo, quando “formado pela manifestação de vontade, que se expressa pela participação de dois ou mais órgãos, cujas exteriorizações se verificam em uma só vontade. Há como um feixe unitário dos impulsos volitivos, de forma que o ato jurídico é produto da ação conjugada da vontade desses órgãos”. (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *in* “Princípios Gerais de Direito Administrativo”, vol 1, Forense, pág. 531).

2.2. Senhor Desembargador, tendo em vista o escólio do pranteadíssimo mestre supra citado, infere-se, aligeiramente, que o ato de nomeação (decreto governamental) tem sua estrutura formada com vontades diversas, restando saber, qual, no procedimento administrativo que o perfaz, tem protuberância.

2.3. Tratando-se, conseqüente-

mente, de ato complexo formado pela junção de órgãos distintos, quais sejam, Conselho Superior do Ministério Público e Governador, as duas vontades se exteriorizaram no ato deste, que, assim, formalmente, absorve a vontade daquele traduzida no expediente da indicação. Entretanto, esta indicação, que se oculta na forma da vontade do Conselho, é que se impõe, tanto que o Governador não poderia proceder de outro modo, já que não se admite devolução de indicação a ser refeita, nem se lhe reconhece a possibilidade de recusar a expedir o ato nomeatório.

Em outras palavras, para nos mantermos fiel ao ensinamento do publicista José Afonso da Silva, *in*, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, pág. 530, “a vontade contida no expediente de indicação é dominante e determina a forma e o conteúdo da vontade do Governador traduzida na nomeação”. Invalidada a indicação, invalidado fica o ato de nomeação, já que o Governador não pode promover membros do Ministério Público sem indicação do Conselho Superior do Ministério Público.

2.4. Parece-nos, portanto, Excelentíssimo Senhor Relator, que o man-

dado de segurança, no caso, pelos motivos expostos, se eventualmente cabível, deveria ser impetrado exclusivamente contra o Presidente do referido Conselho.

2.5. Por outro lado, o fato da escolha recair na pessoa do denodado representante do Ministério Público, Dr. Ary Fonseca, escapa totalmente ao âmbito do *mandamus* e recai no campo da legítima discricionariedade em que se pode apreciar a conveniência e oportunidade dentro das soluções legais admitidas de forma indeterminada, de modo a proceder desta ou daquela maneira.

De todo o exposto, verifica-se que o pedido não se assenta em matéria que envolve qualquer ilegalidade ou abuso de poder praticado pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

Estas as informações que temos a honra de encaminhar à alta consideração de Vossa Excelência, ilustre relator.

Marcelo Miranda Soares
Governador do Estado

Claudionor M. A. Duarte
Procurador do Estado

PARECERES

TERMO ADITIVO DE RETIFICAÇÃO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS N.º 79.100.0390

Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral:

Veio-nos o presente processo, parece-nos, em decorrência do que preceitua 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 n.º 64 de 04 de janeiro de 1979, que estabelece que os contratos, se inexistente minuta padrão aprovada, deverão ser firmados após o pronunciamento da PGE.

Acontece, porém, que o artigo 31, § 1.º, do Decreto-Lei n.º 19, se refere às "minutas dos termos de contrato da Administração centralizada", o que não é o caso do IAGRO, que *ex vi legis*, é uma autarquia, enquadrando-se, consequentemente, na Administração Indireta ou Descentralizada, nos termos do que estabelece o artigo 4.º, inciso II, do Decreto-Lei federal n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, e § 1.º, inc. I, do art. 23 do Decreto-Lei estadual n.º 01, de 1.º de janeiro de 1979.

O mesmo raciocínio se faz em relação ao disposto no artigo 1.º do Decreto n.º 64, de 04 de janeiro de 1979.

Em vista do exposto, Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral, quer nos parecer fa-

lecer competência à Procuradoria Geral do Estado, para apreciar e aprovar Termo Aditivo de autarquia, pois que esta é um outro centro subjetivado (pessoa) de direitos e obrigações, encontrando-se à margem da linha hierárquica, excluída de subordinação ao corpo Central da Administração.

Compreende-se que assim seja: se a lei houve por bem fraturar a unidade da Administração com a criação do IAGRO; se considerou que a forma conveniente de prestação dos serviços entregues à sua alçada se realiza pela exclusão deles da linha hierárquica, não pode a Procuradoria, sem calço legal, recompor liames que o Legislativo entendeu oportuno romper.

Razão por que, Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral, esta Procuradoria deixa de cumprir o despacho de fls. 07, sugerindo, se assim entender V. Exa., que seja devolvido o presente processo ao IAGRO, titular em nome próprio de direitos e obrigações, poderes e deveres, prerrogativas e responsabilidades.

Por outro lado, se nos for endereçada consulta por esta autarquia, nos termos do § 1.º do artigo 1.º do De-

creto-Lei n.º 25, de 1.º de janeiro de 1979, estaremos, se de nosso alcance, pronto a examiná-la.

É o que me cabe levar à alta consideração de V. Exa.

Campo Grande, 03 de janeiro de 1980.

Claudianor Miguel Abss Duarte
Procurador de Assuntos
Administrativos

LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE FACE AO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO

O presente processo trata de consulta formulada pela Secretaria de Educação com o propósito de se saber “se o período de licença para tratamento de saúde é considerado de efetivo exercício para fins de gratificação adicional, por tempo de serviço aos que estão amparados pela lei 3.601, de 16 de dezembro de 1974 — Estatuto do Magistério Público Estadual”.

Examinando a questão, temos que o referido Estatuto dispõe, no art. 87, que:

“Consideram-se como efetivo exercício, para todos os efeitos, os dias em que o professor ou o especialista de educação se afastar do serviço, em virtude de:

I — “*omissis*”

.....
X — licença, exceto quando não remunerada.

Ante o disposto no *caput* e inciso X do artigo supra transcrito, constata-se que, no elenco das hipóteses tidas como *de efetivo exercício* para todos os efeitos, figura, fazendo-se uma interpretação a contrário senso do aludido inciso, a da licença remunerada.

No caso da presente consulta, cogita-se de licença para tratamento de saúde.

Necessário indagar-se, diante da norma estatutária reproduzida, se esta licença é remunerada ou não.

A resposta está no artigo 106 do mencionado Estatuto, que reza:

“Quando licenciado para *tratamento de saúde*, ou acidentado no exercício de suas atribuições ou, ainda, acometido de doença profissional, o professor e o especialista de educação receberão integralmente seus vencimentos e vantagens obtidas a título permanente até 24 (vinte e quatro) meses (grifamos).

Vê-se, por consequência, que, com a limitação expressa na parte final do dispositivo supra (período após o qual, a teor do art. 146, inciso I, letra c, do Estatuto, impor-se-á a aposentadoria), a licença para tratamento de saúde é remunerada. Em sendo remunerada, os dias em que, a esse título, o professor se afasta do serviço são tidos como de efetivo exercício. Aliás, a intenção do legislador em assim considerar tais afastamentos é reafirmada no artigo 95 do

mesmo Estatuto, onde está expresso que:

“Será considerado de efetivo exercício o afastamento decorrente dos fatos previstos no artigo 87 e incisos, verificada a hipótese do artigo 90”.

Ora, no elenco do citado artigo 87 incluída está a licença remunerada de cuja natureza participa a obtida pelo professor para tratamento de saúde.

Diante do exposto, respondemos afirmativamente à consulta formulada, isto é, que, de fato, o período de licença para tratamento de saúde é considerado pela Lei n.º 3.601, de

16/12/74 — Estatuto do Magistério Público Estadual — como de efetivo exercício, devendo tal período ser considerado para efeito da gratificação adicional por tempo de serviço, obedecendo sempre a concessão de tal licença aos rigores do artigo 104 e §§ do mesmo diploma.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 07 de abril de 1980.

Arnaldo Rodrigues

Procurador de Assuntos do Pessoal

VETO A PROJETO DE LEI

Veio-nos o presente processo, em decorrência do r. despacho de fls. 08, em que se nos solicita parecer a respeito da questão levantada pelo Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado para Assuntos da Casa Civil, que indaga, se há inconstitucionalidade na edição da Lei que “institui o Sistema de Proteção do Meio Ambiente e adota outras providências”.

A indagação, parece-nos, advém pelo fato de o artigo 3.º, § 1.º, inciso V, dispor:

Artigo 3.º — Fica criado no Instituto de Preservação e Controle Ambiental “INAMB”, *diretamente subordinado ao seu titular*, o Conselho de Controle à Poluição (grifamos).

§ 1.º — São atribuições do Conselho de Controle à Poluição:

I — *omissis*.

V — julgar os recursos interpostos contra as penalidades aplicadas pelo Instituto de Preservação e Controle Ambiental “INAMB”, referente a esta lei.

E o § 2.º, alínea “a” do mesmo artigo e Lei citadas estabelece:

§ 2.º — O Conselho de Controle à Poluição de que trata este artigo, terá a seguinte constituição:

a) Diretor Presidente do Instituto de Preservação e Controle Ambiental “INAMB”, que será, obrigatoriamente, o Presidente do Conselho”.

Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral, na verdade, procede a objeção do M.D. Secretário de Estado para Assuntos da Casa Civil, vez que o simples fato de o Conselho de Controle à Poluição estar diretamente subordinado ao diretor do INAMB revela a normal, contínua e permanente disponibilidade deste sobre a totalidade das atividades funcionais dos demais membros do Conselho, de vez que aqueles atributos são inerentes à hierarquia.

Se não bastasse esta subordinação direta, “*ex vi legis*” o Diretor Presidente do Instituto de Preservação e Controle Ambiental será obrigatoriamente o Presidente do Conselho. Vale dizer, além de ser já o superior hierárquico, é, outrossim, o presidente do Conselho que, entre outras competências, irá julgar as penalidades aplicadas pelo INAMB, o que, estreme de dúvidas, implicaria na esfera jurídica constitucionalmente protegida de qualquer administrado recorrente.

Mas, Sr. Procurador Geral, se o Estado pudesse impor sobrecargas ao

administrado, deixando sem jaça um direito subjetivo constitucionalmente garantido, estaria, para reproduzir uma sempre utilizada imagem, repetindo o gesto do guerreiro gaulês que atirou sua espada sobre um dos pratos da balança.

Conseqüentemente, temos para nós ser inconstitucional o § 2.º, alínea “a”, combinado com o § 1.º, inciso V, do artigo 3.º, da Lei que institui o Sistema de Proteção do Meio Ambiente, por ferir o artigo 153 § 15 da Constituição Federal.

Ademais, Sr. Procurador Geral, em examinando a Lei apresentada, julgamos mister abordar aspecto outro que o caso comporta.

O Decreto-Lei Federal n.º 1.413, que dispõe sobre o Conselho da poluição do meio-ambiente, estabelece em seu artigo 2.º, *in verbis*:

“Compete exclusivamente ao Poder Executivo Federal, nos casos de inobservância do disposto no artigo 1.º deste Decreto-Lei, determinar ou cancelar a suspensão do funcionamento de estabelecimento industrial cuja atividade seja considerada de alto interesse do desenvolvimento e da segurança nacional”.

Todavia o projeto de Lei que institui o Sistema de Proteção do Meio Ambiente, preceitua em seu artigo 8.º, que o INAMB poderá determinar “a suspensão das atividades de infrator” (Art. 8.º, *in medio*).

É certo que os Estados podem estabelecer, nos limites das respectivas competências, condições para o funcionamento de empresas, mas não menos certo é que não podem contrariar a legislação federal, *in casu* o Decreto-Lei n.º 1.413, que, por seu conteúdo, veicula norma geral de defesa e proteção da saúde, conforme competência que foi outorgada à União, pela Constitui-

ção, no art. 8.º, n.º XVII, “c”. Sendo assim, a competência federal limita-se à fixação de critérios genéricos e amplos objetivando a uniformização das legislações estaduais para um tratamento mais equânime em todo território nacional.

Isto é da teoria das normas gerais e veio também consagrado no parágrafo único deste artigo 8.º, segundo o qual a competência da União “não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das alíneas “c”... do n.º XVII respeitada a Lei Federal”. *Quer dizer, o Estado pode legislar sobre defesa e proteção da saúde desde que não contrarie a lei federal, no caso o Decreto-Lei n.º 1413, que, como visto, quanto à aplicação da “suspensão, das atividades do infrator” foi contrariado pelo projeto de lei que institui o Sistema de Proteção do Meio Ambiente, que, quer nos parecer, por este aspecto, eivado de ilegalidade.*

Diante de todo o exposto, poder-se-ia opinar apenas no sentido de que fossem vetados o artigo 3.º, parágrafos, incisos e alíneas e o artigo 8.º do projeto de lei que institui o Sistema de Proteção de Meio-Ambiente. Contudo, em examinando referido projeto, infere-se, à saciedade, que todos os artigos estão interligados, de tal forma que o veto de um, deixaria sem operacionalidade os demais, o que, iria, evidentemente, contra o interesse público.

Fazendo, pois, uma interproteção sistemática da pré-citada legislação, opinamos, respeitando sempre juízo superior, no sentido de que seja o projeto vetado em sua totalidade por ter:

- 1.º) dispositivo inconstitucional (§ 2.º, “a” c/c o § 1.º, V, do art. 3.º);
- 2.º) dispositivo conflitante com a legislação federal (art. 8.º); e
- 3.º) por faltar operacionalidade

aos demais dispositivos, se vetados somente o artigo 3.º, parágrafos, incisos e alíneas e o artigo 8.º.

Sobreleva notar, Sr. Procurador Geral, que o veto integral ao projeto não importaria em deixar ao desamparo a proteção ao nosso meio-ambiente porque já há legislação federal, — e fora acima referida —, que traça normas para esse fim, aplicáveis em nosso Estado.

Dessa forma, o que conviria ao Estado seria a estruturação de um órgão estadual com as atribuições de aplicação das normas federais, de uma

forma mais condizente com a nossa realidade. Para isso poderia realmente ser criado o Conselho de Controle à Poluição, todavia, de uma maneira melhor estruturada e sem atropelo aos direitos individuais dos governados.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 10 de janeiro de 1980.

Claudionor Miguel Absz Duarte
Procurador de Assuntos
Administrativos

ALTERAÇÃO DA DENOMINAÇÃO DE PRÓPRIO ESTADUAL

Veio-nos o presente processo em decorrência do r. despacho de fls. 06, em que o Exmo. Sr. Secretário de Estado para Assuntos da Casa Civil, atendendo sugestão, solicita parecer da Procuradoria Geral do Estado sobre a mudança de nome do “Colégio Estadual de 1.º e 2.º Graus Joaquim Soares Viana”, para “Colégio de 1.º e 2.º Graus Osório Pedroso da Silva”, mudança esta pretendida em ofício dirigido ao Exmo. Sr. Secretário da Educação e Cultura e assinado pelo DD. Prefeito Municipal e DD. Diretor do DEC da Cidade de Caarapó.

A dúvida que se coloca nos presentes autos, pelo que se apreende, é a de se saber se a alteração da denominação dos próprios estaduais depende ou não de autorização da Assembléia Legislativa.

A Constituição Estadual é omissa sobre a “*quaestio*”.

Mas, Exmo. Sr. Procurador Geral, no que se refere à alteração de nomes dos próprios municipais, normalmente as leis referentes à Organização Municipal estabelecem que a competência sobre a matéria é da Câmara. É, *verbi gratia*, o que acontece com a Lei n.º 3.770, de 14 de dezembro de 1976

(dispõe sobre a Organização Municipal do Estado de Mato Grosso), ainda em vigor entre nós por força do disposto no artigo 40 da Lei Complementar n.º 31, de 11 de outubro de 1977. Com efeito, aquela lei dispõe em seu artigo 29, III, “j”:

Art. 29 — Cabe à Câmara, com a sanção do Prefeito dispor sobre as matérias de competência do Município e especialmente:

.....
III — autorizar:

.....
j) — alteração da denominação de próprios e logradouros municipais.

É certo que a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul não atribuiu à Assembléia Legislativa a competência para autorizar, através de lei, o Executivo Estadual a proceder a alteração da denominação de seus próprios, todavia, quer nos parecer, Sr. Procurador Geral, que o nome de um estabelecimento se apresenta como verdadeira imagem de sua individualidade, projetando-a para o futuro e colocando-se como um direito indisponível à nível da Administração.

Fazendo uma interpretação analógica da questão que nos fora apresen-

tada, ou seja, aplicando a uma hipótese, não prevista especialmente em lei, disposição relativa a caso semelhante, concluímos, pois, respeitando sempre juízo superior, que a alteração da denominação do Colégio Estadual de 1.º e 2.º Graus Joaquim Soares Viana, depende de autorização da Assembléia Legislativa Estadual.

Ademais, mesmo fazendo um juízo do mérito a respeito do solicitado as fls. 02 — mudança de nome do estabelecimento de ensino com o intuito de homenagear um dos fundadores da ci-

dade —, temos para nós que tal desiderato poderá ser facilmente alcançado, dès que para a primeira obra pública a ser inaugurada em Caarapó, seja lembrado o nome do meritório Osório Pedroso da Silva.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 15 de janeiro de 1980.

Claudionor Miguel Absz Duarte
Procurador de Assuntos
Administrativos

CONCEITO DE ENCARGOS A QUE ALUDE A LEI COMPLEMENTAR E A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO

Exmo. Sr. Procurador Geral:

Veio-nos o presente processo em decorrência da r. nota de fls. 06 do MD. Assessor Legislativo da Governadoria, Dr. Cyrio Falcão, em que o mesmo acha por bem saber “quem arcaria com os encargos onerosos da reparação patrimonial, tratando-se de ato praticado pelo Estado de Mato Grosso no âmbito de seu pessoal?”. Com intuito de ser respondida a indagação supra transcrita, despacho do Exmo. Sr. Procurador Geral Adjunto, de fls. 07, remetendo-nos os autos.

Exmo. Sr. Procurador Geral, constitui noção cediça, soluta anos a reio, que o conceito de patrimônio, como universalidade, compreende elementos positivos ou ativos, e negativos ou passivos.

Nesta ordem de idéia, a Lei Complementar n.º 31, de 11.10.77, estabelece em seu artigo 21, *in verbis*:

“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”.

Ainda na mesma esteira, o pará-

grafo único do artigo 21 supra citado, dispõe:

“Comprende-se no patrimônio os bens, rendas, direitos e *encargos*” (grifamos).

O dispositivo complementar foi incorporado pela Constituição Estadual, no art. 170, cujo texto é o seguinte:

“Em seu território o Estado sucede no domínio, jurisdição e competência ao Estado de Mato Grosso, compreendendo-se no seu patrimônio os bens, rendas, direitos e *encargos*” (grifamos).

Assim sendo, e considerando que os servidores Sebastião Borges Leal e Gabriel Tomaz da Silva exerciam suas funções de Guardas Fiscais na Exatonia Especial de Rendas Estaduais de Três Lagoas, correspondente à 6.ª Delegacia Executiva Regional da Fazenda, hoje incluída, portanto, no território do Estado de Mato Grosso do Sul, em cujo quadro, nas funções que exerciam, serão reintegrados em sendo acolhida a revisão, somos da opinião de que, com arrimo no artigo 21 da Lei Complementar, reproduzido em essência pelo artigo 170 da Constituição Estadual, acima transcritos, é do Estado de Mato Grosso do Sul, “*in casu*” a

competência para arcar com a reparação patrimonial conseqüente à acolhida da presente revisão, eis que dita reparação está contida no conceito de encargos a que aludem a Lei Complementar e a Constituição do Estado.

No presente caso, todavia, há de se considerar os documentos de fls. 282 e 284, através dos quais os servidores acima referidos renunciaram, de per si, a "todas as vantagens pecuniárias atrasadas e que tiver direito até a presente data", isto é, até a data dos aludidos documentos, ocorrida, em ambos os casos, em 29 de agosto de 1977.

É, Exmo. Sr. Procurador, o que nos competia dizer no momento, respeitando sempre juízo superior.

Campo Grande, 22 de janeiro de 1980.

Arnaldo Rodrigues

Proc. de Assuntos do Pessoal

Claudionor Miguel Absz Duarte

Proc. de Assuntos Administrativos

**FUNDAÇÃO INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO
DE MATO GROSSO DO SUL — IDESUL**

O presente processo envolve indagação da IDESUL, encaminhada a esta Procuradoria Geral pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado para Assuntos da Casa Civil, face à manifestação do ilustre Consultor Legislativo da Casa Civil, formulada a fls. 07, no sentido de se dirimir dúvida “quanto à aplicação da Lei n.º 6.708, de 30 de outubro de 1979, aos servidores das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo Poder Público, regidos pelo Estado Obreiro”, questão surgida em decorrência da Circular n.º 38/79, expedida pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Administração, constante de fls. 02.

A questão, Sr. Procurador Geral, encontra resposta singela no art. 20 da referida lei, concebido nos seguintes termos:

“As disposições da presente lei não se aplicam aos servidores da União, dos Territórios, dos Estados e dos Municípios e de suas autarquias submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho”.

Do artigo pré-transcrito verifica-se que não são aplicáveis as suas disposições aos servidores da administração

direta da União, Estados, Municípios, Territórios e respectivas autarquias, regidos pela CLT.

Por consequência, são alcançados pelos efeitos da lei em comento as empresas públicas, sociedades de economia mista e as fundações, instituídas pelo Poder Público. Em sendo a IDESUL uma fundação, conforme o Decreto-Lei n.º 5, de 01.01.79, art. 4.º, V, b, c/c o Decreto n.º 15, da mesma data, está ela, no que tange à correção dos salários periódicos dos seus servidores, submetidos à CLT, sob a abrangência da Lei n.º 6.708, de 30.10.79.

É que a referida lei, da forma como concebida, respeitou, evidentemente, a natureza jurídica das fundações as quais “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 empresa, regido

em tudo e por tudo pela Consolidação das Leis de Trabalho e pelas normas acidentárias e previdenciárias comuns." (in Parecer PGE/114/79).

Ante tais considerações, opinamos pela aplicação da Lei n.º 6.708, de 30.10.79, sob exame, aos servidores da IDESUL, regidos pela CLT, eis que, integrando os quadros de uma fundação, são beneficiários das correções salariais instituídas pela referida lei. É,

de resto, o entendimento que se depreende da circular emanada da Secretaria de Estado de Administração, que instrui o presente processo.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 24 de janeiro de 1980.

Arnaldo Rodrigues

Procurador de Assuntos do Pessoal

**PAGAMENTO DE DIFERENÇA DE VENCIMENTOS,
INVOCADA A LEI COMPLEMENTAR N.º 31, DE 11.10.77**

ASTÚRIO DE MATTOS, Agente Fiscal de Rendas, AF-I, requer o pagamento da “diferença de seus vencimentos, recebidos a menos nos meses de outubro, novembro e dezembro/79”, fundado no artigo 24, da Lei Complementar, n.º 31, de 11.10.77, eis que, segundo alega, “a citada Lei Complementar lhe assegura permanecer na situação funcional que se encontrava em 31.12.78”.

Dos elementos existentes nos autos surge a informação de que o servidor, ora requerente, exercia, em 31.12.78, as funções de Delegado Regional de Fazenda na 2.ª DRF, sediada em Ponta Porã, conforme expõe no requerimento e confirmado pela informação de fls. 03.

O cargo de Delegado de Fazenda, que era exercido pelo servidor em causa, é de provimento em comissão, conforme dispunha, à época, a Lei n.º 3.147, de 27 de dezembro de 1971, no seu artigo II, cujo texto diz:

“Os cargos de Delegado e de Subdelegado de Fazenda são de provimento por nomeação em comissão e serão exercidos por servidores do Qua-

dro Permanente da Secretaria da Fazenda”.

Tratando-se de cargo em comissão, envolve tal cargo o caráter de confiança e precariedade, podendo, em consequência, seu ocupante ser exonerado ao alvedrio da autoridade competente. Sua conceituação nos é dada pelo Professor Hely Lopes Meirelles, segundo o qual “cargo em comissão é o que só admite provimento em caráter provisório. Destina-se às funções de confiança dos superiores hierárquicos. A instituição de tais cargos é permanente, mas o seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função” (“Direito Administrativo Brasileiro”, edição RT, 6.ª, pág. 383).

A Lei Complementar n.º 31, de 11.10.77, não alterou, por razões evidentes, a essência deste instituto do Direito Administrativo — o cargo em comissão.

Em assim sendo, os ocupantes de cargo em comissão, à data da vigência da prefalada Lei Complementar, entre os quais se inclui o servidor em tela, não obtiveram uma transmutação do

caráter precário de seus cargos para outro de natureza permanente.

Por conseguinte, a disposição do artigo 24, da Lei Complementar n.º 31, de que "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", deve ser entendida, no caso vertente, na forma de inclusão do servidor, ora requerente, no quadro provisório, mas na condição de Agente Fiscal de Rendas AF-I, que é a sua situação funcional.

Do exposto conclui-se que o requerente tendo sido exonerado do cargo em comissão de Delegado de Fazenda,

conforme ato de 05 de setembro de 1979, publicado no Diário Oficial da mesma data, perdeu o direito de receber o valor a mais, que recebia enquanto na função, o qual só lhe era devido durante o exercício da mesma, não sendo de se acrescentar o respectivo *quantum* à remuneração que percebe atualmente, razão por que opinamos pelo não acolhimento do pedido do requerente.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 31 de janeiro de 1980.

Araldo Rodrigues

Procurador de Assuntos do Pessoal

PROJETO DE LEI QUE DISPÕE SOBRE O CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Veio-nos o presente processo, Sr. Procurador Geral, em virtude de haver o Sr. Consultor Legislativo do Governo do Estado solicitado parecer desta Procuradoria sobre a “legalidade dos artigos 14 a 16, por todo seu conteúdo é forma” do projeto de lei que dispõe sobre o Conselho de Justificação da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

Inicialmente, deve-se ressaltar que nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei Federal n.º 667 de 02.07.69 são as “Polícias Militares consideradas forças auxiliares, reserva do exército” e “serão organizadas na conformidade deste Decreto-Lei”.

Por sua vez, o artigo 18 do citado diploma legal diz que: “Polícias Militares serão regidas por Regulamento Disciplinar redigido à semelhança do Regulamento Disciplinar do Exército e adaptado às condições especiais de cada corporação”.

Ademais, diz o artigo 20 desse Decreto-Lei que: “A Justiça Militar Estadual de primeira instância é constituída pelos Conselhos de Justiça previstos no Código de Justiça Militar. A

de segunda instância será um Tribunal Especial ou Tribunal de Justiça”.

E, por fim, o artigo 25, letra b, do referido Decreto-Lei assevera que aplicam-se ao pessoal das Polícias Militares: “as disposições constitucionais relativas às garantias, vantagens, prerrogativas e deveres, bem como todas as restrições ali expressas, ressalvado o exercício de cargos de interesse policial assim definido em legislação própria”.

Entendemos, portanto, que esta última norma assegura aos policiais militares os mesmos direitos e garantias atribuídos aos militares das Forças Armadas com as restrições constantes do mencionado Decreto-Lei.

Ora, dispõe o artigo 93, parágrafo 2.º ou Constituição Federal que: “o oficial das Forças Armadas só perderá o posto e a patente se for declarado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão do Tribunal Militar, de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra”.

Dessa forma, claro está que os oficiais das Polícias Militares também só poderão perder o posto e a patente em

virtude de decisão de Tribunal Militar, que, no caso em exame, é o Tribunal de Justiça do Estado, por força do artigo 20 do Decreto-Lei n.º 667 referido.

Assim, podem permanecer os artigos 14 e 16 do projeto de lei em análise, aliás copiados quase que literalmente da Lei Federal n.º 6.577 de 30 de setembro de 1978, em anexo, que

dispõe sobre o Conselho de Justificação da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal.

É o nosso parecer, s.m.j.

Campo Grande, 20 de março de 1980.

Leonardo Nunes da Cunha

PROJETO DE LEI QUE DISPÕE SOBRE PROMOÇÕES NA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Veio-nos o presente processo, Sr. Procurador Geral, em virtude de haver o Sr. Consultor Legislativo do Governo do Estado solicitado parecer desta Procuradoria “sobre a legalidade dos critérios adotados no ante-projeto de Lei que dispõe sobre promoções na Polícia Militar do Estado”.

Inicialmente, deve-se ressaltar que nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei Federal n.º 667 de 02.07.69 são as “Polícias Militares consideradas forças auxiliares, reserva do Exército” e “serão organizadas na conformidade deste Decreto-Lei”.

E o artigo 12 do mesmo Decreto-Lei diz que: “O acesso na escala hierárquica tanto de oficiais como de praças, será gradual e sucessivo, por promoção de acordo com legislação peculiar a cada Unidade da Federação, exigidos os seguintes requisitos básicos:

- a) para promoção ao posto de Major: curso de aperfeiçoamento feito na própria corporação ou em Força Policial de outro Estado;
- b) para a promoção ao posto de Coronel: Curso Superior de Polícia, desde que haja o curso na corporação”.

Sendo que o artigo 24 limita a competência dos Estados ao dispor que: “os direitos, vencimentos, vantagens e regalias do pessoal, em serviço ativo ou na inatividade, das Polícias Militares constarão de legislação especial de cada Unidade da Federação, não sendo permitidas condições superiores às que, por lei ou regulamento, forem atribuídas ao pessoal das Forças Armadas. No tocante a cabos e soldados, será permitida exceção no que se refere a vencimentos e vantagens, bem como à idade-limite para permanência no serviço ativo”.

Dessa maneira, podem permanecer os critérios de promoção adotados no ante-projeto em análise de vez que não ferem as normas que regem a matéria e repetem quase que literalmente a Lei Federal n.º 5.821 de 10 de novembro de 1972, em anexo, que dispõe sobre as promoções dos oficiais da ativa das Forças Armadas”.

É o nosso parecer, s.m.j.

Campo Grande, 20 de março de 1980.

Leonardo Nunes da Cunha

DOAÇÃO. INEXECUÇÃO DE ENCARGO

Vistos os docs. constantes do presente processo, sobra-nos convicção pela inoportunidade do pedido de fls. 2/3, eis que a ordenação proposta pelo Estado não fora cumprida pela Donatária, no que se refere à Letra B da Escritura Pública de Doação re-ratificada, com cláusula de Reversão — fls. 04 e seguintes.

Esta PGE, em recente manifestação, fls. 13, houve por bem, requisitar vistoria do bem doado, no sentido de se positivar ou não, o cumprimento dos encargos estabelecidos nas cláusulas A e B da Escritura retro-citada.

O Ilustríssimo Senhor Diretor Presidente da Codesul, em cota aposta a fls. 35, obviamente lastreado pelo relatório de fls. 15/18, ponderou no sentido de que o item B, da Escritura de Doação, não fora cumprido pela donatária:

“... ”

b) pelo que se infere das conclusões da Comissão especial, segundo o incluso relatório, a pleiteante não cumpriu, a rigor, a exigência reclamada na cláusula “B” da escritura.

“... ”

Pelo que consta do processo, per-

cebe-se que o item “a” da escritura foi cumprido pela donatária requerente.

Assim demonstram os docs. 19/34, porém (e está claro no instrumento público) a cláusula “b” é a manifestação saliente do propósito do Estado, ora denominado doador, em ver a industrialização de móveis finos, quando assim, nasceria o direito da donatária de reivindicar a extinção da mencionada obrigação.

Ora, reconhecida a inadimplência da donatária no cumprimento contratual ao Estado é defeso concordar com o pedido de fls.

Pelo exposto, caberia ao Estado revogar a doação com base no art. 178, § 6.º, I, do Código Civil.

Entretanto, considerando a singularidade da doação, os fins colimados e a intenção que inspirou o Decreto n.º 1.748/73, é de se sugerir ao Governo deste Estado, mediante ato idêntico, que renove o prazo estabelecido na cláusula “b” da escritura de doação de fls. 6vº (seis meses), ensejando oportunidade à donatária para o cumprimento da obrigação.

Com o advento do Decreto, necessário se fará a re-ratificação da escritura de doação, tudo porque se deve

preservar a responsabilidade do Estado no que tange à indisponibilidade do bem público, ratificando, por outro lado, a sua confiança na donatária, pelas benfeitorias já levantadas.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 30 de abril de 1980.

Laerte Galli
Assessor II

MUNICÍPIOS. DELIMITAÇÃO. INVASÃO DE ÁREA DO MUNICÍPIO POR OUTRO.

1. — A ilustrada Governadoria do Estado de Mato Grosso do Sul remeteu a esta Procuradoria Geral, mediante despacho do digno Secretário de Estado para Assuntos da Casa Civil, os autos do processo n.º 01/672/79, no qual o Sr. Prefeito Municipal, de Guia Lopes da Laguna-MS, em petição de fls. 2 e 3, expõe ao Exmo. Sr. Dr. Marcelo Miranda Soares, M.D. Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, o seguinte:

I — “com a criação do município de Guia Lopes da Laguna e delimitação de suas divisas, os anteriores administradores, talvez por desconhecimento e/ou dadas as dificuldades da época, não exerceram autonomia em toda a área do nosso município”;

II — em decorrência disso, o município de Guia Lopes da Laguna vê-se prejudicado com o fato de que aproximadamente 60.000 hectares de terras que lhe pertencem estão, de fato, sob o domínio, competência e autonomia dos limítrofes municípios de Ponta Porã e Maracaju;

III — a dificuldade de o município de Guia Lopes da Laguna exercer plenamente sua autonomia sobre a faixa

de terras em questão prende-se à circunstância de os governos municipais daqueles municípios vizinhos não oferecerem oportunidade ou facilidade para uma solução do impasse e pelo fato de os proprietários que se encontram nessa área terem suas propriedades registradas nas circunscrições imobiliárias de Maracaju e Ponta Porã;

IV — os prejuízos causados ao município de Guia Lopes da Laguna são incalculáveis — acentua a petição —, citando-se: I — diminuição na participação do ICM; 2 — diminuição na participação do F.P.M.; 3 — diminuição na participação do Fundo Rodoviário; 4 — evasão de habitantes perante o censo e 5 — incerteza com relação às reais divisas municipais;

V — em face da situação, solicita ao Exmo. Sr. Governador do Estado de Mato Grosso do Sul seja determinado um levantamento das divisas do município de Guia Lopes da Laguna com os de Ponta Porã e Maracaju e posteriormente a regularização das referidas lindes, sanando, assim, de uma vez por todas, o problema em tela.

2. — De início, para estudo da questão, o Dr. Procurador Geral do Estado

solicitou à agência local do I. B. G. E. dados e informações a respeito das áreas dos municípios de Guia Lopes da Laguna, Ponta Porã e Maracaju, os respectivos limites, bem como os mapas, a fim de instruírem o processo.

Respondendo ao officio, o I. B. G. E. remeteu a esta Procuradoria Geral cópias das leis de criação dos municípios de Guia Lopes da Laguna, Maracaju e Ponta Porã, lamentando não lhes possuir os respectivos mapas, mas sugerindo uma consulta, a respeito, ao IDESUL.

O município de Guia Lopes da Laguna foi criado pela Lei estadual n.º 678, de 11 de dezembro de 1953; o de Maracaju, pela Lei estadual n.º 987, de 7 de julho de 1928, e o de Ponta Porã, pela Resolução n.º 820, de 19 de outubro de 1920.

Solicitadas ao TERRASUL cópias dos mapas dos municípios de Guia Lopes da Laguna, Ponta Porã e Maracaju, enviou o referido órgão a esta Procuradoria Geral tão somente as dos municípios de Ponta Porã e Maracaju, declarando não possuir a do município de Guia Lopes da Laguna.

Por fim, o IDESUL (Fundação Instituto de Desenvolvimento de Mato Grosso do Sul) vinculado à Secretaria de Planejamento e Coordenação Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, atendendo à solicitação formulada por esta Procuradoria Geral, remeteu-lhe cópia do mapa do município de Guia Lopes da Laguna-MS.

2.1. — De posse dos mapas de todos os municípios protagonistas da questão, pôde esta Procuradoria Geral, através de análises e confrontos de limites, bem como da leitura dos textos das leis criadoras dos municípios, constatar que as unidades autônomas de Guia Lopes da Laguna, Maracaju e

Ponta Porã possuem limites próprios, certos e determinados, não se justificando, nem se podendo tolerar a alegada invasão de um município no espaço físico do outro, com todo o séquito das lamentáveis conseqüências de tal usurpação, fato esse denunciado pelo alcaide da histórica cidade de Guia Lopes da Laguna, na petição inicial deste processo administrativo;

3. — Após a análise percuente da "quaestio", somos de opinião que:

1.º) — Consoante o art. 13 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, fiel aos ditames da Carta Magna do país, os municípios são unidades territoriais, com autonomia política, administrativa e financeira. Assim, em defesa e no desfrute dessa prerrogativa constitucional, o município que se julgar lesado ou ameaçado por outro, como no caso *sub examine*, poderá usar das medidas judiciais previstas em lei, desde que prove os fatos que alega e elege como afrontantes de seus direitos.

2.º) — No caso presente, eis que não se impõe insubstituível o uso da via judicial, e considerando o interesse do Estado em que se resguardem a paz e a harmonia no seio das unidades municipais que o compõem, seria recomendável que, fiel ao princípio do contraditório, também aplicável aos postulados do Direito Administrativo, fossem ouvidos os municípios de Maracaju e Ponta Porã, na pessoa de seus representantes legais, os Prefeitos, a fim de se manifestarem a respeito da acusação tecida pelo Município de Guia Lopes da Laguna, na petição de fls. 2 e 3.

Ante essas manifestações, o Exmo. Sr. Governador do Estado nomearia uma Comissão Especial, com a incumbência de estudar a questão e verificar a existência da intromissão denunciada,

e da qual fariam parte, como convidados, representantes dos municípios interessados na solução do problema, após o que se empenhariam os municípios no afã de exercer sua soberania tão somente nas lindes de seu território, em obediência a um imperativo constitucional e no sadio propósito de colaborarem para que, entre as unidades que formam o Estado-caçula, reinem a harmonia e o respeito recíproco, o que se pode alcançar com boa vontade e compreensão, evitando-se procedimentos em juízo.

4. — Esta, seria, a nosso ver, a maneira eficaz e pacífica de dirimir a

contenda, de vez que satisfaria as partes interessadas, evitando futuros conflitos e desentendimentos, nocivos à harmonia e entendimento que devem reinar entre as comunas que integram o Estado, mormente as limítrofes.

É o meu parecer, s.m.j. de Vossa Excelência.

Campo Grande, 18 de maio de 1980.

José Couto Vieira Pontes
Assessor Especial

RESCISÃO CONTRATUAL

O Departamento de Inspeção e Defesa Agropecuária de MS (IAGRO), através de seu Diretor Geral, submete à apreciação da Procuradoria Geral do Estado, solicitando-lhe orientação, a seguinte questão:

1. Em 20 de junho de 1979, o IAGRO firmou um contrato de locação de imóvel destinado à instalação de seu escritório regional, em Dourados, figurando, na relação *ex-locato*, como proprietário-locador o Sr. Tatsuo Yamana, pelo aluguel mensal de Cr\$ 30.000,00 — trinta mil cruzeiros —, prazo de 4 anos (de 23.04.79 a 23.04.83), como se vê do instrumento anexo aos autos do processo n.º 06/200.486, de 20.06.79, em apenso.

2. Ocorre que, com a ampliação das atividades do IAGRO, o prédio locado tornou-se acanhado e “incompatível para o bom desempenho do órgão, e principalmente no atendimento ao público e à classe produtora agropastoril daquela vasta região” como reconhece o IAGRO, fls. 03/04 do presente processo, mesmo porque, tendo necessidade de montar vários laboratórios de exame e instalar e ampliar seus serviços, as características do imóvel não-lo permitem, eis que é composto

de salas em sobreloja, inexistindo garagem, pátio e demais dependências necessárias a esse fim.

Em face desse problema, o IAGRO propôs ao locador a rescisão da locação de forma amigável, há vários meses, providenciando a pintura do imóvel, deixando-o nas condições em que se achava no início da locação, conforme cláusula sétima do contrato.

Por sua vez, o locador não concordou com a rescisão amigável, negando-se, ainda, a receber as chaves do prédio e a vistoriar o imóvel locado.

3. Em face da recusa do locador, quanto à rescisão amigável, o locatário, considerando que o contrato não prevê multa contratual, pretende promover a notificação judicial do locador, para o que anexa ao presente feito administrativo uma cópia da respectiva petição inicial, também para que seja alvo de apreciação desta Procuradoria Geral, na qual, após expor a situação e as razões da rescisão, adota como fundamento jurídico de seu intento o seguinte:

1.º) que o imóvel não se presta mais à atividade do órgão, face à sua ampliação e à natureza dos serviços criados;

2.º) que, usando das prerrogativas da cláusula nona do contrato *in fine* e amparado pelo Decreto n.º 113, de 30.04.79, art. 80, IV, propôs a rescisão amigável do contrato em tela há vários meses, não tendo sido acatado pelo locador, muito embora pintasse devidamente o prédio locado;

3.º) face à recusa, o locatário desocupou o imóvel locado, após pintura e reparos decorrentes de uso regular, notificando o locador de seu intento, para fim de rescisão do contrato.

Atendendo ao pedido de orientação feito pelo órgão consulente, cumpre-me aduzir o seguinte:

1. Ocorreu, *in casu*, uma denúncia do contrato de locação, eis que o locatário não mais pôde continuar no imóvel, em face da ampliação de seus serviços e da natureza das atividades nele instaladas, após firmar o contrato com o locador.

Os motivos e circunstâncias apontados pelo locatário como hábeis para justificarem a rescisão do contrato não se enquadram — como entende o consulente — na enumeração da cláusula nona, na parte: "... ou fatos quaisquer que impeçam o uso regular do

imóvel", que exemplificativamente seriam tremores de terra, inundações, pestes, jamais a conveniência do locatário em mudar-se para outro prédio mais condizente e compatível com o funcionamento dos seus serviços.

Destarte, não há negar que, havendo dado causa à rescisão contratual, deva o locatário arcar com a multa contratual, que, no caso em tela, embora não tenha sido ajustada contratualmente, é prevista em lei. Portanto, uma obrigação legal, pouco importando não seja, *in casu*, contratual.

2. Diante do exposto, sugerimos ao consulente seja acatada a reivindicação formulada pelo locador — a mais viável e favorável ao próprio interesse do locatário (*ver* parágrafo único do art. 1193 do C.C.) — no sentido de que ao locador seja paga a indenização equivalente a seis (6) meses de locação, ou sejam, Cr\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil cruzeiros).

Campo Grande, 22 de maio de 1980.

Nelson Trad
Procurador Geral do Estado

REVERSÃO DE ÁREA DOADA AO ESTADO

Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral:

Veio-nos o presente processo a fim de emitir parecer sobre o pedido de reversão de uma área de 100 ha (cem hectares) doado por Miguel Nasser e sua mulher Ises Ferreira Nasser ao Estado de Mato Grosso através de escritura pública de doação lavrada a fls. 142/145 do Livro n.º 13 do 7.º Tabelião desta Comarca, em 31 de julho de 1974, onde consta que isso fora feito "a fim de que nessa área, ora doada, o donatário implante um Núcleo Industrial desta cidade e suas dependências anexas dentro do prazo máximo de 4 anos, a contar da aprovação do loteamento pela Prefeitura Municipal".

Juntaram, ademais, os requerentes ofício do Secretário de Obras e Serviços Urbanos desta Capital informando aos mesmos que "até a presente data nada consta em nossos registros de algum projeto de loteamento de uma área de 100 ha (cem) hectares, situada no imóvel rural denominado Casa de Campo São José", em razão do que entendem cabível a reversão prevista na escritura quando diz que: "Dentro do

referido prazo o donatário deverá ter ocupada integralmente a área doada. Na hipótese de não ser ocupada senão a extensão de 30%, reverterá aos doadores a percentagem de 80% do total doado. Se porém a ocupação não atingir a 30% do respectivo total reverterá também a diferença verificada em favor dos outorgantes doadores".

Dessa maneira, evidente que o prazo para a reversão nem sequer se iniciou a escoar, pois ele somente começaria correr "a contar da aprovação do loteamento pela Prefeitura Municipal", não tendo sido, por outro lado, estipulado prazo para o Estado fazer o loteamento previsto, em razão do que não se poderá inferir daí, que o prazo tenha adquirido outro termo inicial, que não aquele fixado na escritura.

Por esse motivo, somos de opinião que não tem cabimento a pretensão dos requerentes, s.m.j.

Campo Grande, 26 de maio de 1980.

Leonardo Nunes da Cunha

PROCESSO N.º 314/79/DA

PARECER/PGE/N.º 262/80

**RETORNO AO CARGO DE JUIZ. LEI N.º 6.683, DE 28.08.79
(ANISTIA)**

O Dr. Ítalo Giordano, com base na Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979, regulamentada pelo Decreto n.º 84.143, de 31 de outubro de 1979, pleiteia seu *retorno* ao cargo de Juiz da Comarca de Dourados, 2.ª entrância, hoje integrante deste Estado onde se encontrava na data da sua demissão por ato do Governo Revolucionário que, através do Ato Institucional n.º 2, o demitira do cargo que ocupava.

Vê-se, pois, tratar-se de um ex-Juiz de Direito que postula seu retorno ao cargo de que era titular (Juiz de Direito da Comarca de Dourados).

Assim, à época do ato punitivo baixado, escorado na legislação excepcional, pelo Exmo. Sr. Presidente da República, o Dr. Ítalo Giordano exercia o seu ministério em Comarca que, atualmente, se situa neste Estado, em face do desmembramento territorial do Estado de Mato Grosso.

A comissão nomeada pelo Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça (Art. 11 do Decreto Federal n.º 88.143, de 31.10.79) entendeu que o pedido deveria ser processado, instruído e decidido pelo E.

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, pois a ele estava vinculado o requerente, segundo o art. 8.º, III, § 3.º, do citado Decreto, quando da sua demissão.

Esta a razão por que o processo tramitou no E. Tribunal de Justiça de Mato Grosso, limitando-se a Comissão a exercer a sua atuação nos exatos limites do § 4.º, do art. 11, do Decreto que regulamentava a Lei n.º 6.683, assim:

“As Comissões encaminharão à autoridade competente o requerimento devidamente instruído e processado, com todos os esclarecimentos, relativos ao requerente, à existência de vaga e ao interesse da administração”.

Os esclarecimentos foram prestados, conforme se vê às fls. 42 e 43 T.J.S.M., de forma circunstanciada, e quanto aos dois outros delineamentos fixados na lei de anistia, respeitada a competência para tanto, foram deixados a critério do Poder Judiciário deste Estado.

Em tais condições, por deliberação do plenário do E. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, o processo foi devolvido ao Tribunal de Mato Grosso,

informando-o da *inexistência de vaga* na Comarca de Dourados e, por maioria, vencido o Desembargador Presidente, sem se manifestar sobre o *interesse da administração*, no retorno pleiteado pelo requerente.

A decisão do pedido veio conforme se vê das fls. 54 T.J., concluindo a comissão que “face à inexistência de jurisdição vaga na Comarca de Dourados, Estado de Mato Grosso do Sul, o que importa na impossibilidade do retorno do requerente (Artigo 3.º da Lei n.º 6.683, de 28.08.79), deve o mesmo ser considerado aposentado (Art. 4.º da Lei *retro* citada), no cargo de Juiz de Direito da Comarca de Dourados, cargo esse que exercia, quando da edição do ato punitivo”.

Por determinação da Comissão do E. Tribunal de Justiça de Mato Grosso, o processo foi remetido ao Exmo. Sr. Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, “para o fim previsto no artigo 21 do Decreto n.º 84.143, de 31.10.79”.

Finalmente, para o desate da “*quaestio*”, resta saber da competência do Exmo. Sr. Governador do Estado de Mato Grosso do Sul em baixar o ato da aposentadoria do requerente, sabendo-o, na ocasião da sua demissão, Juiz de Direito da Comarca de Dourados, e portanto, à época, sob a jurisdição do E. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

1. Segundo conceito uniforme no Direito Público, a competência administrativa indica a soma de poderes que as leis outorgam às autoridades administrativas, para que possam administrar e gerir os negócios públicos.

Plácido e Silva situa de forma es- correita a competência administrativa, demonstrando que ela “atua num plano de hierarquia, segundo as regras legal-

mente instituídas, pelo qual são traçados os limites jurisdicionais de cada autoridade, seja em relação à matéria, seja, mesmo, em *relação ao território*”.

Assentado tal conceito, sobrevem que a competência do Exmo. Sr. Governador do Estado, na hipótese em exame, pode ser entendida como *capacidade*, no sentido de *poder*, em virtude do qual a autoridade possui legalmente atribuição para conhecer de certos atos jurídicos e deliberar a seu respeito.

Assim, a competência se traduz no poder que outorga à pessoa, autoridade jurisdicional, para deliberar sobre certo assunto, resolvendo-o segundo as regras ou limites que a investem nesse mesmo poder.

2. De fato, as atribuições do Exmo. Sr. Governador de Mato Grosso do Sul em baixar o ato da aposentadoria do requerente encontra-se expresso no art. 20 da Lei Complementar n.º 31, de 11 de outubro de 1977, “*in verbis*”.

“No respectivo território, o Estado de Mato Grosso do Sul sucede, no domínio, jurisdição e competência, ao Estado de Mato Grosso”.

Suceder no domínio, dentro da área do Direito Público, significa o poder de organizar-se internamente, estabelecendo as normas e regras que possam regular as suas instituições, mesmo de ordem política; suceder na jurisdição, segundo os administrativistas, quer exprimir a que pode ser validamente exercida dentro dos limites territoriais de um Estado Federado.

Dessa forma, realizado o desmembramento territorial do Estado de Mato Grosso, lógico seria que ficasse na órbita do Poder Executivo de Mato Grosso do Sul, detentor atual em seu território, das funções típicas de Administração, o direito de reintegrar, readmitir e aposentar os servidores vinculados à sua

jurisdição e competência, em razão do lugar onde se encontravam ao tempo de suas demissões.

3. Evidente, assim, que outra não pode ser a interpretação do artigo 20 da Lei Complementar n.º 31, pois inadmitir-se-ia que o Governo do Estado de Mato Grosso, face ao indiscutível e indisputável direito do requerente, o apontasse como Juiz de Direito da Comarca de Dourados pelo simples fato de que à época da sua punição pertencia ele ao Estado uno, vulnerando, dest'arte, o princípio da autonomia estadual consagrada pela lei maior do país.

A lição a ser extraída, portanto, da análise feita é aquela que nos ensinam os praxistas hermeneutas, proclamando que "*INTERPRETATIO ILLA SUMENDA EST QUAE VITETUR ABSURDUM*", *id est*, deve ser tomada aquela interpretação que evite o absurdo.

CONCLUSÃO

4. Diante do exposto, entendemos que não há como transferir ao Governo do Estado de Mato Grosso a responsabilidade da emissão do ato de aposentadoria do ex-Juiz de Direito da Comarca de Dourados, Dr. Italo Giordano.

A competência, indiscutivelmente, é a do Exmo. Sr. Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

Todavia, há que se observar a impossibilidade de deferir o pedido do requerente nos termos em que foi colocado.

É que seu retorno torna-se inviável, porque não há vaga relativa ao cargo que o requerente ocupava, qual seja, de Juiz de Direito da Comarca de Dourados.

Nota-se, portanto, que, face à ausência de vagas despiendo se torna falar em interesse da administração, eis que a avaliação deste estaria condicionada à existência daquela, conforme se vê no artigo 3.º da Lei n.º 6.683, de 28.08.79.

Neste caso, como é claro, explica-se o artigo 4.º da citada Lei, devendo-se considerar o requerente como aposentado, contando-se o tempo de afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo de proventos da inatividade.

Ressalta-se que, indeferido o pedido de retorno do requerente, o tempo de afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo de proventos deverá ser o "período compreendido entre a data do ato que motivou o afastamento do serviço ativo e a do despacho decisório (art. 21, § 1.º, II do Decreto n.º 84.143, de 31.10.79).

Explicitando: o requerente deverá ver somado o tempo em que efetivamente exerceu o seu ministério ao período em que ficou afastado até a data do despacho final da sua aposentadoria.

E mais: deverá receber os vencimentos atrasados a partir do dia da entrada em vigência da Lei n.º 6.683/79, "*ex-vi*" do art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Na verdade "a lei em vigor terá efeito imediato e geral" e adotar outro entendimento somente se a própria lei tivesse transferido à época de sua vigência, o que não o fez. O art. 14 nos dá a exata finalidade social do dispositivo legal: dispõe sua entrada em vigor com a publicação.

Assim, quanto à remuneração do requerente, originária em consequência da Lei n.º 6.683/79, é devida desde a entrada em vigência da lei, ou seja, a partir de 28 de agosto de 1979.

Com estas considerações, está o processo em condições de subir à apreciação do Exmo. Sr. Governador do Estado.

É o nosso parecer.
Campo Grande,
Nelson Trad
Procurador Geral do Estado

FGTS EM RELAÇÃO AOS EXERCENTES DE CARGOS DE DIRETORIA DE SOC. DE ECONOMIA MISTA, EMPRESAS PÚBLICAS E AUTARQUIAS

A COHAB/MS — Companhia de Habitação Popular de Mato Grosso do Sul — através de seu Diretor-Presidente, solicita parecer desta Procuradoria para fixar o entendimento do § 1.º do art. 13 do Decreto n.º 102, de 20 de abril de 1979 (Estatuto), que submete os Diretores da referida empresa ao regime da CLT, tendo em vista a Circular n.º 05/80 do BNH, que estabelece serem indevidos os recolhimentos para o FGTS em nome de “exercentes de cargo de diretoria de sociedade de economia mista, empresas públicas e autarquias”, que não sejam empregados, tudo em decorrência do Parecer n.º 1-196, emitido pelo Consultor Geral da República.

A questão do FGTS, por estar ligada a direito do trabalho, é matéria legislativa da competência da União, por força do art. 8.º, inciso XVII, letra b, da Constituição Federal. Em consequência, a incidência de recolhimento do aludido Fundo é aquela prevista na Lei Federal n.º 107/66 e respectivo Regulamento, baixado pelo Decreto n.º 59.820, de 20.12.66. Pelo § 4.º, do

art. 9.º, do aludido Regulamento, com a redação ordenada pelo Decreto n.º 61.405, de 28.09.67: “O depósito a que se refere este artigo (8% da remuneração do empregado) é ainda exigível quando o empregado passa a exercer cargo de diretoria, gerência ou outro de confiança imediata da empresa, incidindo a percentagem sobre a remuneração neste percebida, salvo se a do efetivo for maior”.

Vê-se que o dispositivo pré-transcrito pressupõe, para o recolhimento do FGTS, no caso de exercentes de cargos de diretoria, o vínculo empregatício com a empresa.

A Ordem de Serviço POS n.º 04/71, ao estabelecer o recolhimento do FGTS “em relação aos exercentes de cargo de diretoria de sociedade de economia mista, de empresas públicas e de autarquias, cujo regime de pessoal seja o da CLT, ainda que não pertencentes aos quadros dessas entidades”, isto é, que com essas entidades não entretenham o vínculo laboral, violou, precisamente, a condição básica prevista na lei específica, que é a existên-

cia de tal vínculo, criando, dessa forma, hipótese nova de incidência.

Por essa razão, o Parecer n.º 1-196, inquinou de ilegal a citada Ordem de Serviço, sendo, a propósito, esclarecedor o seguinte trecho, extraído da referida peça:

“Esta (Ordem de Serviço POS n.º 04/71), indo além do Regulamento, ampliou a exigência também a ocupantes de cargo de diretoria “não pertencentes aos quadros dessas entidades”. Fê-lo, “*data venia*”, extravasando a competência do Conselho Curador, no particular, que é de dirimir dúvidas quanto à aplicação do Regulamento, e, não, refundir, acrescentar ou alterar as normas regulamentares. Note-se que a Ordem de Serviço em questão não dirime dúvidas — que dúvidas não existiam quanto à exigência do depósito em relação ao empregado que passou a exercer cargo de confiança na empresa, pois, não nas permitiam as expressas disposições do § 4.º, do artigo 9.º do Regulamento — ao contrário, à guisa de interpretação, acrescenta situações não previstas, ampliando o raio de ação da lei e criando ônus novos para as sociedades de economia mista, empresas públicas e autarquias, representados em um acréscimo de 8% ao mês nos estípedios dos Diretores não per-

tencentes a seus quadros...” E conclui, coartando os efeitos da referida Ordem, que a mesma “não encontra apoio em qualquer autorização legal ou regulamentar, por isso mesmo, irremediavelmente, insubsistente”.

Ante tal ordem de considerações, torna-se evidente que somente previsão legal específica, de caráter federal, poderá erigir nova hipótese de incidência do FGTS, qual, por exemplo, a de recair sobre o estípedio dos titulares de cargo de diretoria sem o liame laboral. Como inexistente tal norma, incabível, de fato, nos termos do Parecer trazido à colação, o recolhimento em exame, não se permitindo extrair do dispositivo invocado pela consulente (§ 1.º, do art. 13, do Decreto n.º 102/79) a possibilidade legal de se recolher o FGTS em relação aos ocupantes da diretoria da COHAB — MS que não detenham a condição de empregado, devido a que, no caso, como já acentuado, ao legislador estadual falta competência.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 24 de junho de 1980.

Arnaldo Rodrigues
Procurador de Assuntos do Pessoal

CRIAÇÃO DO MUNICÍPIO DE BELA VISTA. PROVA DO DOMÍNIO DA ÁREA DO MUNICÍPIO. REGISTRO INAUGURAL E CONTINUIDADE

Em ofício de 19.06.80, n.º 270/80, o Exmo. Sr. Secretário de Estado para Assuntos da Casa Civil solicita à Procuradoria Geral do Estado o seguinte: 1.º levantamento da legislação pertinente ao Município de Bela Vista quanto à sua criação e limites. 2.º parecer a respeito da prova do domínio da área territorial pertencente ao município, a fim de possibilitar o registro imobiliário do título constitutivo.

Acentua o pedido de consulta que o Município de Bela Vista está impossibilitado de comprovar a titularidade de uma área urbana, "posto não constar no Cartório Imobiliário da Comarca o registro da área, causando embaraços para destinação do imóvel que será objeto de construção de casas populares pela COHAB".

1. Atendendo à honrosa solicitação em tela, cumpre-nos, de início, bosquejar o quadro da legislação pertinente à criação do Município de Bela Vista:

1.1. O diploma legal mais antigo, de que se tem notícia a respeito de Bela Vista, data de 10 de abril de 1900, tra-

tando-se da Resolução n.º 255, do Estado de Mato Grosso, que cria as paróquias de Porto Murtinho, com os limites que foram estabelecidos em virtude da Lei n.º 165, de 1897; de Ponta Porã, abrangendo os distritos policiais do mesmo nome e Dourados; e de *Bela Vista*, com os limites do respectivo distrito policial.

O distrito policial referido foi "estabelecido por volta de 1889" acentua a "Enciclopédia dos Municípios Brasileiros", XXXV volume, pág. 91, edição de 1958, não se tendo o texto, infelizmente, do ato que o criou, por inexistir nos arquivos oficiais, por nós exaustivamente consultados.

O Município de Bela Vista foi criado pelo Governo do Estado, pela Lei n.º 502, de 3 de outubro de 1908, com os mesmos limites do distrito de paz. O texto da aludida lei, que segue em anexo, não faz menção a limite algum.

A seguir, a Lei n.º 549, de 20.07.10, cria a Comarca de Bela Vista, instalada a 16 de março de 1911, pelo Decreto n.º 277.

Operada a Divisão Territorial de 1914, o Município de Bela Vista ficou

constituído de dois distritos: o da sede municipal e o de Caracol.

Em 16 de julho de 1918, a Lei Estadual n.º 772 eleva Bela Vista à condição de cidade. Em 31.12.1934, Bela Vista compõe-se do distrito da sede e o de Caracol, assim permanecendo até a divisão territorial ocorrida em 1936, quando da criação do Distrito de Porteira. Assim permaneceu até 31.01.40, quando foi extinto o Distrito de Porteira, de modo que Bela Vista se compõe dos mesmos distritos existentes em 31-12.34. Em 1943, pelo Decreto-Lei Federal n.º 5.839, de 21 de setembro, tornou-se município do Território Federal de Ponta Porã. Extinto posteriormente o território federal, em 1946, foi o Município de Bela Vista reincorporado ao Estado de Mato Grosso, com os mesmos limites anteriores ao desmembramento. Consoante o Decreto n.º 583, de 24.12.48, o Município de Bela Vista compõe-se de três distritos: o da sede municipal, o de Caracol e o de Jardim, criado este pela Lei n.º 119, de 13.09.48, com território desmembrado do Distrito de Bela Vista.

Com a criação do Município de Jardim, em 1953, com os limites do ex-distrito, Bela Vista, como município, ficou integrada pelos distritos da sede e o de Caracol, este por sua vez transformado em município, desmembrado do de Bela Vista, pela Lei n.º 1971, de 14.11.63, com os limites constantes do art. 1.º da referida lei.

Por aí se vê que, a partir de novembro de 1963, Bela Vista ficou constituída apenas pelos limites da sede e assim se mantém, como município.

1.2. Vemos, pelo desfilar dos componentes da legislação pertinente ao Município de Bela Vista, que, ao contrário dos demais, não há menção alguma aos limites da área comunal.

Na verdade, a Resolução n.º 255 alude aos "limites do já existente distrito policial estabelecido por volta de 1889". Pelo confronto dos textos legais, vemos que nem o distrito nem a paróquia (denominação ainda da Monarquia) definem os limites de suas áreas respectivas.

No entanto, a Prefeitura Municipal de Bela Vista deveria possuir a área e os limites do município, mesmo porque o Decreto Federal n.º 311, de 02.03.38 determinara às Prefeituras de todo o País que delimitassem as áreas urbanas e suburbanas de suas cidades e vilas.

2. Quanto à prova do domínio da área territorial pertencente ao município de Bela Vista, a fim de possibilitar o registro imobiliário do título constitutivo, temos que nos ater aos seguintes princípios:

2.1. Depreende-se, do texto da consulta, que o Município de Bela Vista pretende doar ao Estado uma área para a construção de casas populares pela COHAB.

Inicialmente, terá que ser lavrada a escritura pública de doação (que é da substância do ato), dela necessariamente constando o texto integral da Lei Municipal autorizadora da doação, lei esta que evidentemente caracterizará a situação e os limites da área urbana objeto da doação.

Lavrada e assinada a referida escritura pública, será levada a registro no Cartório Imobiliário competente, onde o oficial cumprirá os ditames da lei de Registros Públicos. Verificará que a matrícula somente poderá ser efetuada mediante os elementos constantes do título apresentado e do registro anterior nele mencionado (art. 228, Lei de Registros Públicos). A primeira exigência ficará satisfeita pela menção, na escritura pública, da localização e de-

mais características do imóvel de domínio do município, bem como da titularidade oriunda do ato legislativo que autorizou a doação. Quanto à segunda exigência — registro anterior mencionado no título apresentado a registro — parece, *in casu*, ocorrer um impasse. Mas é apenas impressão, pois que, em se tratando da doação de um imóvel de domínio de Municipalidade, situado evidentemente na área urbana, *ager publicus* de uma comuna criada por lei emanada de poder competente — qual seja o Estado de Mato Grosso — jamais titulado a particular, não se perquire do registro anterior. A titularidade advém da própria lei que instituiu o município, tanto que vem mencionada na escritura pública.

E o que afirmamos não viola o princípio da continuidade do registro, basilar na teoria do registro público. É que, na hipótese ora versada, estamos diante de um caso de registro inaugural, que, pela lógica, não pode ter antecedente.

Portanto, os arts. 228, 236 e 237 da Lei n.º 6.015, de 31.12.1973 devem ser olhados através das lentes da exegese e da hermenêutica, a fim de se coartar a possibilidade de uma interpretação meramente literal.

Não é outra a opinião da jurisprudência, como se vê do acórdão proferido na apelação cível n.º 262.640, de 31.10.77, do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicado em “Jurisprudência Brasileira — Registros Públicos”, vol. 25, Editora Juruá, 1979, pág. 164, autoria de J. E. de Carvalho Pacheco e outros:

“A continuidade é um princípio próprio do registro de imóveis e pres-

supõe, portanto, a existência de registro precedente, o que não ocorre na espécie, uma vez que o título exibido irá inaugurar a cadeia a ser formada depois da matrícula”.

Assim ocorre, por exemplo, com os Títulos Definitivos de terra outorgados pelo Estado, que são registrados nos cartórios imobiliários, sem referência a registro anterior, porque inauguram a cadeia dominial. Do contrário, os cartórios teriam que abrir a matrícula registrando o texto integral da Constituição de 1891, pois que fora ela a outorgante aos Estados do domínio das terras devolutas, antes pertencentes ao Império do Brasil.

Ademais, convém ainda acrescentar que o município de Bela Vista foi criado por ato de autoridade competente, antes da entrada em vigor do Código Civil Brasileiro, que se daria em 1.º de janeiro de 1917, mediante a Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, de modo que, àquela época, não havia sido instituído, ainda, o registro de imóveis pela consagração da publicidade herdada do direito germânico, imperando entre nós, como meio hábil de transmissão do domínio, a simples tradição ou transferência por força da própria convenção.

É o nosso entendimento, s.m.j. de V. Exa.

Campo Grande, 25 de junho de 1980.

José Couto Vieira Pontes
Assessor Especial

CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO ESTADO — DECRETO-LEI N.º 3

Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral do Estado:

A Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul solicita parecer desta Procuradoria sobre a vigência do Decreto-Lei n.º 03 de 01.01.79, publicado no Diário Oficial da mesma data, que instituiu o Código Tributário do Estado de Mato Grosso do Sul, em face da edição do Decreto-Lei n.º 66 de 27.04.79, publicado no Diário Oficial da mesma data, que determina a “republicação do Código Tributário do Estado; dispõe sobre a sua regulamentação e revê as tabelas relativas às taxas estaduais e dá outras providências”.

Inicialmente, deve-se ressaltar que o citado Decreto-Lei n.º 66 introduziu modificações em vários artigos do Código Tributário e não fez menção a diversos outros artigos do mesmo, tanto é que o Código Tributário editado pelo Decreto-Lei n.º 03 tem 331 artigos, enquanto o Decreto-Lei n.º 66 faz referência a apenas 275 artigos.

Recorrendo à doutrina, encontramos a lição do festejado mestre Washington de Barros Monteiro, à página 25 de seu “Curso de Direito Civil”, 1.º

volume, edição de 1976, sobre o assunto ensinando que:

“Se antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinado à correção, o prazo da obrigatoriedade começará a correr da nova publicação (art. 1.º, § 3.º). As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova (art. 1.º, § 4.º).

A Lei torna-se obrigatória pela publicação oficial e segundo o que está publicado. Sucede, porém, que, muitas vezes, ela se ressentida de erros e omissões. Se a lei publicada com incorreções, ainda não entrou em vigor, só começará sua obrigatoriedade com a nova publicação; se, no entanto, ela já entrara em vigor, a correção feita é reputada lei nova, para efeito de sua obrigatoriedade.

Tenha-se presente, todavia, que simples erro tipográfico no texto da lei, quando evidente, dispensa lei retificativa. Quando a retificação se faça por lei posterior, embora ociosa, esta não se considera lei nova”.

Aplicando-se o ensinamento ao caso em apreço, verificamos, desde logo, que não se trata de republicação para correção de erros materiais do Decreto-Lei n.º 03, mas de nova lei consubs-

tanciada no Decreto-Lei n.º 66, que alterara, em parte, o Código Tributário do Estado.

Em matéria de interpretação dos atos jurídicos, não importa o nome que atribuímos aos mesmos, mas sim a sua essência. E, no caso em tela, evidente está, inclusive confessado na ementa da norma, que o Decreto-Lei n.º 66, visou alterar o Código Tributário e não republicá-lo.

Dessa maneira, entendemos que o Decreto-Lei n.º 03 se encontra em ple-

na vigência naquilo que não fora modificado, implícita ou explicitamente, pelo Decreto-Lei n.º 66 ou por outra norma sobre a matéria.

Esse o nosso parecer, s.m.j.

Campo Grande, 02 de julho de 1980.

Leonardo Nunes da Cunha
Consultor da Procuradoria Geral
do Estado

PROJETO DE LEI — VETO = INCONSTITUCIONALIDADE

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. 02, do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, para ciência da cota de fls. 04 da lavra do denodado Consultor Legislativo, Dr. Cyrio Falcão e para emissão de parecer conclusivo sobre o projeto de lei que institui a obrigatoriedade de exame psicotécnico e sanidade mental aos candidatos ao ingresso na polícia Civil e militar do Estado de Mato Grosso do Sul, aprovado em sessão plenária do dia 25 do mês p.p., encaminhado ao Governador do Estado, para fins do disposto no artigo 35 da Constituição.

Excelentíssimo Senhor Procurador Geral:

O artigo 1.º do projeto de lei *sub examine*, dispõe:

“Fica instituída a obrigatoriedade de exame psicotécnico e sanidade mental a todos os candidatos ao ingresso nos quadros da polícia civil e militar do Estado de Mato Grosso do Sul, se-

ja qual for a natureza do cargo ou função”.

De imediato quer nos parecer ser necessário confrontar o *retro* transcrito dispositivo com o que estabelece o artigo 31, inciso IV, da Constituição Estadual, *in verbis*:

Art. 31 — “É da competência exclusiva do Governador a iniciativa das leis que:

IV — disponham sobre a organização administrativa, os serviços públicos, os servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimentos de cargos públicos, estabilidade e aposentadoria de funcionários civis, reforma e transferência de policiais militares para a inatividade.

A competência constitucional, quanto ao direito de iniciativa das leis, *in casu*, como se infere do artigo supra citado, foi reservada exclusivamente ao Governador, porquanto, não resta dúvida de que o projeto de lei que se ora nos apresenta dispõe sobre matéria pertinente aos servidores públicos do Estado, qual seja, obrigatoriedade de exame psicotécnico e sanidade mental a todos os candidatos ao ingresso nos quadros da polícia civil e militar do Estado de Mato Grosso do Sul, seja

qual for a natureza do cargo ou função.

Referido projeto, como, de pronto, se verifica, constitui verdadeira burla aos óbices que a Constituição da República antepõe à iniciativa do Legislativo para dispor sobre a matéria nele tratada, infringindo, em consequência, o disposto no artigo 13, inciso III, combinado com o artigo 57, inciso V da Constituição do Brasil e que, sendo de observância obrigatória para os Estados, acha-se inscrito no artigo 31, inciso IV da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Para colocar essa questão, colhe dizer, invocando *Francisco Campos*, em parecer publicado no volume 73, páginas 380 e seguintes, da Revista de Direito Administrativo, que as normas constantes da Constituição têm por si, ou só pelo fato de constarem da Constituição, a presunção de essencialidade, incondicionalidade e inderrogabilidade e que, não tendo o Executivo a livre disposição de sua competência, nem sendo, juridicamente, indiferente que ele a exerça, se a competência constitucional, foi imputada a esse poder, tal ocorre com o inequívoco e manifesto propósito de excluir o Legislativo, isoladamente, de seu exercício.

A competência constitucional, sendo matéria de ordem pública, é absoluta. Violada, acarreta, irremediavelmente, a nulidade dos atos praticados a seu arripio, pois, consoante, ainda,

Francisco Campos (ob e loc. cit.), não cabe a nenhum Poder sanar a nulidade dos próprios atos ou dos emanados de outro.

Destarte, ao usurpar o poder de iniciativa exclusiva do Executivo, para dispor, legislativamente, sobre a matéria tratada no projeto de lei, violou o legislativo sul-mato-grossense, implicitamente, comezinha regra de competência, vez que já afirmara o íncrito Caio Tácito que em Direito não é competente quem quer mas quem pode, segundo suas normas. Com efeito, a Constituição, ao conferir competência das iniciativas das leis que disponham sobre servidores públicos, excluiu competência idêntica ao Poder Legislativo.

A Assembléia Legislativa, ao aprovar o aludido Projeto de Lei sobre uma das matérias reservadas à iniciativa exclusiva do Governador, extravasou 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, 08 de julho de 1980.

Claudionor Miguel Abss Duarte
Procurador de Assuntos
Administrativos

LEI N.º 6.683/79 — APOSENTADORIA

Lei n.º 6.683/79 —. O Governador do Estado de Mato Grosso do Sul tem competência para considerar (declarar) aposentado servidor demitido sob a jurisdição do Estado de Mato Grosso. A Lei n.º 6.683/79 produziu seus efeitos desde logo. Proventos devidos desde a publicação.

Veio-nos o presente processo em decorrência do r. despacho de fls. 15, para manifestação desta Procuradoria de Assuntos Administrativos a respeito do requerido por ENIO DE CASTRO CABRAL, às fls. 02/02v; em que o mesmo, em angusta síntese, alega e comprova que foi demitido do cargo de Professor Catedrático de História, em 18 de agosto de 1964, sob a acusação de estar envolvido em atividade contra a segurança do Estado. Alega e comprova, ainda, que respondeu a processo na área policial-militar, sendo porém, em juízo, absolvido, por falta de qualquer prova incriminatória.

Colocada assim a sua situação fática, requereu, com fundamento na Lei número 6.683, de 28 de agosto de 1979 e no Decreto Federal n.º 84.143/79, artigos 4.º e 21, respectivamente, a sua aposentadoria.

Colhe dizer que o ilustre Consultor Legislativo, Dr. Cyrio Falcão, ao encaminhar, por ordem do Excelentíssimo Senhor Governador, o processo à Procuradoria Geral, mostrou-se, liminarmente, preocupado, quanto à competência deste novel Estado, para apreciar o pedido, vez que a demissão foi imposta pelo Estado de Mato Grosso em 1964.

Isto posto, Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral, faz-se mister aflorar, inicialmente, a preocupação levantada pelo denodado Consultor Legislativo a respeito da competência do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, para apreciar o pedido de aposentadoria do requerente, sabendo ser, na ocasião de sua demissão, Professor na Cidade de Aquidauana e, portanto, à época, sob a jurisdição do Estado de Mato Grosso.

Justa a inquietude do eminente Consultor vez que “a primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento de exercício das atribuições do cargo. Não é competente quem quer, mas

quem pode, segundo a norma do direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador" (Caio Tácito, *in*, "O Abuso de Poder Administrativo no Brasil", ed. DASP, pág. 27).

Haurido este ensinamento, nunca assaz difundido, e considerando, mormente, ser a competência um elemento vinculado do ato administrativo, deve-se percutir a quem o legislador conferiu a quantidade de poder (competência) para apreciar o pedido de aposentadoria do Sr. ENIO DE CASTRO CABRAL, já que tal atribuição deve, com visto, ser sempre objetivamente fixada por ele.

Dispõe o artigo 4.º da Lei número 6.683, de 28 de agosto de 1979.

"Os servidores que, no prazo fixado no art. 2.º, não requererem o retorno à atividade ou tiverem seu pedido indeferido, serão considerados aposentados..."

Serão considerados (declarados) aposentados por que autoridade?

Naturalmente que por aquela que tem a quantidade de atribuição para apreciar o requerimento de retorno ou reversão ao serviço ativo. No caso do requerente, o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, como se infere do inciso IV do artigo 2.º da Lei número 6.683, combinado com o artigo 20 da Lei Complementar n.º 31, de 11 de outubro de 1977, que lhe dão esta competência.

Dispõe, com efeito, o artigo 2.º, inciso IV, da Lei número 6.683.

Art. 2.º — 'Os servidores civis e militares demitidos, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, poderão, nos cento e vinte dias seguintes à publica-

ção desta Lei, requerer o seu retorno ou reversão ao serviço ativo:

...

IV — Se servidor de Estado, do Distrito Federal, de Territórios ou de Município, ao Governador ou Prefeito:

E o artigo 20 da Lei Complementar n.º 31, prescreve:

Art. 20 — "No respectivo território, o Estado de Mato Grosso do Sul sucede, no domínio, jurisdição e competência, ao Estado de Mato Grosso".

Dessa forma, como bem observou V. Excia., com a sua costumeira acuidade, *in* parecer PGE/262/80, ao abordar caso análogo, "realizado o desmembramento territorial do Estado de Mato Grosso, lógico seria que ficasse na órbita do Poder Executivo de Mato Grosso do Sul, detentor atual em seu território, das funções típicas de Administração, o direito de reintegrar, readmitir e aposentar os servidores vinculados à sua jurisdição e competência, em razão do lugar onde se encontravam ao tempo de suas demissões".

Impõe-se afirmar, portanto, ser do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul a competência para considerar (declarar) aposentado o requerente.

No mérito, o pedido preenche todos os requisitos previamente estabelecidos na Lei número 6.683, de 28 de agosto de 1979, regulamentada pelo Decreto número 84.143, de 31 de outubro de 1979, razão por que só cabe ao Administrador se cingir aos estritos ditames da norma no caso particular considerado, ou seja: declarar aposentado o requerente.

Por derradeiro, Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral, cumpre dizer que o artigo 1.º da Lei n.º 6.683 prescreve que "é concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de

setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram”, etc.

Quer nos parecer que a lei n.º 6.683, de 28.08.79, quando restabeleceu o vínculo do anistiado com o serviço público, não teve a produção de seus efeitos pendentes, seja de requerimento ou seja de despacho de autoridade. A Lei produziu-os desde logo. É que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral” (Lei de introdução, art. 6.º). Outra interpretação, como lembra o Consultor Geral da República, em parecer versando a matéria, aprovado pelo Presidente da República, “teria cabimento, mas quando a própria Lei tivesse transferido a época de sua vigência ou regulado a sua aplicação no caso. Esta porém não o fez. No artigo 14 dispõe sua entrada em vigor com a publicação”.

A manifestação da autoridade administrativa se limita, na hipótese, a atribuir a uma pessoa determinada uma situação jurídica geral e impessoal preexistente, sem nada ajuntar ao conteúdo desta situação. Trata-se de um ato condição, na linguagem dos cultores do Direito Administrativo (V. g. Roger Bonnard, “Précis de Droit Administratif”, pgs. 35 e segs. e Adilson Abreu Dallari, “Aspectos Jurídicos da Licitação”, págs. 19/20).

Consoante A. A. Dallari o ato condição é um ato de atribuição. A alte-

ração que ele traz à ordem jurídica é colocar uma pessoa determinada dentro da esfera de abrangência de regras gerais que não o atingiriam se ele não fosse praticado. (ob. e loc. cit.).

Na verdade, Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral, a publicação no diário oficial de decreto de Sua Excelência, o Governador, concedendo aposentadoria ao requerente, não estará criando situação jurídica nova alguma entre a Administração e o mesmo, senão que é um mero ato-condição, não constitutivo de direito, mas legalmente idôneo a enquadrá-lo dentro da esfera de abrangência inserida na disposição legal de modo geral e impessoal, vez que a sua situação jurídica, como anistiado, já está definitivamente delineada em Lei, de maneira insofismável.

Via de consequência, somos de parecer que o requerente deve ser declarado aposentado, percebendo os proventos a que faz jus, desde a data da entrada em vigência da Lei número 6.683, isto é, desde 28 de agosto de 1979.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 14 de julho de 1980.

Claudionor Miguel Abss Duarte
Procurador de Assuntos
Administrativos

LEI N.º 6.739/79. CANCELAMENTO DE MATRÍCULA E REGISTRO DE IMÓVEIS RURAIS

Ementa: Lei n.º 6.739/79. Cancelamento de matrícula e registro de imóveis rurais a requerimento de pessoa jurídica de direito público. Pressupostos de interesse público direto e patrimonial da entidade pública. O cancelamento não poderá ser requerido para atender interesse particular.

Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral do Estado:

Os presentes autos vieram a esta Procuradoria Geral do Estado em cumprimento ao despacho exarado a fls. 40, pelo Diretor Geral do Departamento de Terras e Colonização — TERRASUL, acatando parecer da lavra do Doutor Procurador Chefe daquela Autarquia, lançado a fls. 31/32, no qual foi suscitada a seguinte questão, “*verbis*”.

“... se no caso de preenchidas as condições constantes do art. 1.º da Lei n.º 6.739/79, estaria este Departamento investido da competência para a proposição da medida ali prevista”.

A norma legal invocada dispõe, com efeito, “*in verbis*”.

“Art. 1.º — A requerimento de pessoa jurídica de direito público ao

Corregedor-Geral da Justiça, são declarados inexistentes e cancelados a matrícula e o registro de imóvel rural vinculado a título nulo de pleno direito, ou feitos em desacordo com o art. 221 e seguintes da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, alterada pela Lei n.º 6.216 de 30 de junho de 1975”.

A questão ora proposta surge em decorrência de requerimento formulado por RENATO RABELLO VAZ perante a citada Autarquia Estadual, alegando que, sendo proprietário do imóvel rural com a área de 9.222 ha, no Município de Coxim, neste Estado, conforme transcrição n.º 4.925, às fls. 231 do Livro 3-H, de 28.04.55, do registro imobiliário da Comarca de Coxim, foi surpreendido pela constatação de que o imóvel havia sido alienado por RAIMUNDO POSSIDÔNIO TOMAZ utilizando-se de uma procuração fraudada. Pede, assim, ao TERRASUL que se utilize da prerrogativa legal do art. 1.º do citado diploma legal para requerer o cancelamento do registro do título de alienação.

O deslinde da questão, contudo, impõe uma tentativa prévia de compreensão da norma legal em causa à luz

de determinados princípios que regem o direito real da propriedade imobiliária e a sua interpretação sistemática não prescinde de seu contraste, inclusive, com princípio enunciado na Carta Constitucional.

Com efeito, o art. 530 e 859 do Código Civil, prescrevem, "*in verbis*".

"Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel:

1. Pela transcrição do título de transferência no registro de imóveis";

"Art. 859. Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu".

O mestre ORLANDO GOMES, a propósito, leciona com precisão: "trata-se, como está pacificado na doutrina e na jurisprudência, de uma presunção que pode ser destruída por prova contrária do verdadeiro proprietário do imóvel" ("NOVAS QUESTÕES DE DIREITO CIVIL", Editora Saraiva, S. Paulo, 1979, pág. 314).

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, por sua vez, afirma enfaticamente que: "só é proprietário aquele em cujo nome se ache transcrito o imóvel, o que constar dos livros cadastrais "*pro veritate habetur*". "CURSO", 3.º vol., Editora Saraiva, São Paulo, 1963, pág. 103).

As lições doutrinárias ora trazidas à colação assentam-se, como é cediço, em que o sistema jurídico pátrio, ao esposar a doutrina germânica, faz a distinção necessária entre o título de aquisição e o modo de aquisição dos direitos reais sobre imóveis, entre os quais se inscreve o de propriedade. De tal arte, o título de aquisição traduz a *forma* pela qual se adquire o direito; enquanto que o *modo* de aquisição se opera pelo registro do título.

À evidência, portanto, que o título de aquisição — "*titulus acquirendi*" —

não é suficiente para determinar a aquisição do direito real sobre a propriedade imobiliária, pois que esta somente se opera através do registro do título no registro imobiliário — "*modus acquirendi*".

MARTINHO GARCEZ, em clássica monografia produzida antes da edição do Código Civil, já ressaltava a distinção entre o sistema germânico e o francês quanto à tradição do direito real sobre bens imóveis assinalando que "o nosso direito não admite outro meio de operar a *tradição solene* do imóvel alienado senão a transcrição do título de alienação no registro hypotecário" ("NULLIDADES DOS ACTOS JURÍDICOS", 2.ª Edição, Jacinto Ribeiro dos Santos, Rio, 1910, 1.º Volume, pág. 288).

CLOVIS BEVILAQUA, já sob a égide do Código Civil, "*ex auctoritas*", afirma que "a transcrição é modo de adquirir o domínio (Código Civil, art. 530). Transcrito o título do direito real no registro, que legaliza, publica e prova a transferência da propriedade, esta presume-se pertencer à pessoa, em cujo nome se acha transcripta (art. 859). Se o teor do registro de imóveis não exprime a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se rectifique (art. 860). Este é o systema do Código Civil, diferente do direito anterior, no qual a transcrição não induzia prova de domínio, que ficava salvo a quem mesmo pertencesse". Arremata o mestre: "Sendo assim, enquanto não for anulado o registro por acção adequada, desde que não exista acordo dos interessados para a alteração, a propriedade é reputada pertencer àquelle que o registro declara proprietário" ("SOLUÇÕES PRÁTICAS DE DIREITO", Livraria e Editora Freitas Bastos, Rio, Vol. 3, 1930, pág. 90).

PONTES DE MIRANDA acuradamente leciona que “o acordo de transmissão e a transcrição são fatos distintos, de eficácia distinta. Os efeitos daquele são independentes dessa” (“TRATADO”, Ed. Borsoi, Rio, Tomo XI, pág. 313).

A conclusão inelutável que se impõe da distinção é a de que o aspecto da invalidade do título há que ser apreciado diferentemente dos aspectos da invalidação do registro. Porém, se o vício atinge o título, embora a sua invalidação venha a atingir, como consequência, o registro, os efeitos serão marcadamente diferenciados, pois, como ensina hodiernamente AFRÂNIO DE CARVALHO, “tanto o título é suscetível de apresentar vícios que o tornem ilegítimos, repercutindo a sua nulidade na inscrição, como esta é capaz de exibir vícios próprios, que acarretam a sua nulidade” (“REGISTRO DE IMÓVEIS”, Editora Forense, 1976, pág. 174). Ou, como diz PONTES, “o ato transcricional é ato jurídico estatal, de direito público, posto que se faça para eficácia no plano do direito privado” (op. cit. pág. 332).

O aspecto da invalidade do título, como é curial, há que ser remetido às regras gerais do Código Civil (Art. 145 e 147), enquanto que a nulidade do registro advirá das próprias normas que sistematizam o registro imobiliário, como, “V. g.”, o registro do título feito perante oficial incompetente; falta de observância de formalidade essencial, etc.; são fatos que poderão determinar a nulidade do ato do registro. “Nulidade de transcrição, em si mesma, somente se há de falar quando se haja deixado de observar alguma exigência de lei, dirigida ao oficial” (PONTES, op. cit. pág. 333).

A dissemelhança determina conse-

quências práticas, pois a nulidade do registro (“*modus acquisitionis*”) nem sempre implica na invalidade do título de aquisição. Assim, se o registro do título foi feito perante oficial incompetente, desfeito o ato do registro, nada impedirá o registro perante o oficial competente, pois o título não se apresenta com qualquer vício impeditivo da prática daquele ato.

Por outro lado, se o vício atinge o título embora o registro se apresente formalmente perfeito, a invalidade do ato que deu causa ao registro, uma vez provada e proclamada judicialmente, como consecutório do seu desfazimento, atingirá inexoravelmente o registro.

No entanto, retomando ao preceito normativo no art. 1.º, “*caput*”, da Lei n.º 6.739/79, sob exame, não se pode prescindir, para sua exata compreensão, de seu confronto com o princípio constitucional inscrito no art. 153, § 4.º, da Carta Magna, que dispõe, “*verbis*”.

“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Ora, não serão necessários grandes esforços exegéticos para se demonstrar que o cancelamento do registro de título de propriedade equivale a determinar a perda da propriedade daquele em cujo nome o imóvel se acha inscrito.

Com efeito, a resposta de PONTES DE MIRANDA à indagação “o que é cancelar?”, aliás é precisa: “quando o registro é indispensável à existência ou à transferência de direitos reais, é preciso que se cancele — “risque” — para que se dê baixa, a desapareição, senão sempre do direito, pelo menos da “realidade” do direito” (op. cit. pág. 401).

AFRÂNIO DE CARVALHO ensina que: “assim como a constituição de direitos reais por atos entre vivos se

dá pela inscrição, a extinção desses direitos se opera pelo cancelamento, que é a inscrição negativa” (op. cit. pág. 158).

O texto legal em questão, como se pode depreender de seu sentido literal, elegeu a via administrativa para o cancelamento do registro de título de propriedade nulo de pleno direito. Compete, porém, a indagação: a norma legal poderá, sem grave ofensa ao princípio constitucional inscrito no art. 153, § 4.º, determinar que seja feito o cancelamento do registro e a conseqüente perda do direito real de propriedade por parte daquele em cujo nome esteja inscrito, através de um mero procedimento administrativo?

A essa indagação, que diz respeito à própria validade da norma face ao ordenamento jurídico, outras poderão ser formuladas, “v.g.”, será legítimo a autoridade administrativa “julgar” nulo de pleno direito ato jurídico que goza de presunção de legitimidade e de fé pública e determinar que se cancele administrativamente a eficácia do ato jurídico? Sob que forma e tendo em vista que elementos a autoridade preferirá o seu “julgamento”? Será legítimo o procedimento eleito pela norma quando nela não se vislumbra qualquer oportunidade de o prejudicado exercer defesa ou se opor à deliberação administrativa antes da efetivação da medida, “*ex vi*”, do § 1.º do art. 1.º, que determina a notificação pessoal do interessado uma vez “editado e cumprido o ato”?

As dúvidas e perplexidades que assaltam do confronto entre as disposições normativas do diploma legal em questão e o princípio constitucional de que nenhuma lesão do direito poderá ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário (art. 153, § 4.º), somente

poderão ser sanadas através da interpretação sistemática do texto normativo ordinário, notadamente, a que se reserva ao Poder competente constitucionalmente para exercer a jurisdição.

O fato de a norma inscrita no art. 1.º, “*caput*”, do diploma legal em causa, ao atribuir competência ao Corregedor Geral da Justiça, órgão do Poder Judiciário, não fundamenta, “*concessa maxima venia*”, qualquer alegação de que, assim dispondo, a lei não teria excluído da apreciação do poder judicante a apreciação da lesão, pois, como é elementar, quando a Carta Magna inscreveu o princípio pressupôs, necessariamente, a instrumentalização da garantia mediante a observância do processo legal, a formação do contraditório e o exercício da ampla defesa; em síntese, a existência do devido processo legal.

Porém, a nosso sentir, a norma recém-editada somente poderá, talvez mediante muito esforço interpretativo e de transigência com princípios jurídicos elementares, ser conformado à moldura do ordenamento jurídico delineada por normas e princípios que integram tradicionalmente o nosso sistema constitucional.

Retomando, uma vez mais às disposições da Lei em causa e à questão propriamente formulada nesse autos, cumpre verificar em que situações poderá a administração pública requerer ao Corregedor Geral da Justiça a declaração de inexistência e o cancelamento da matrícula e o registro de imóvel rural vinculado a título nulo de pleno direito ou efeito em desacordo com as normas do registro imobiliário (art. 1.º, “*caput*”).

A Lei, entretanto, não diz expressamente quais as situações em que a pessoa jurídica de direito público estará legitimada para requerer o cancelamento

lamento. Porém, o entendimento mais razoável e consentâneo com as finalidades da norma é o de que a legitimidade decorrerá da existência de um interesse público a ser protegido.

Com efeito, quando a norma legitima somente as *peças jurídicas de direito público* — e não qualquer outra pessoa — pressupõe, inequivocamente, a ocorrência de interesses de que sejam titulares esses entes públicos. De mais disso, o interesse terá que ser direto e patrimonial dessas pessoas. Melhor dizendo, que o ato de cancelar produza, como consequência, o retorno do imóvel rural ao patrimônio público.

Tais conclusões podem ser abonadas por outras disposições contidas no texto legal, como, "*verbi gratia*", o disposto no artigo 5.º § 2.º, que dispõe, "*verbis*",

"§ 2.º. Apurada a existência de matrícula ou registro de imóveis rurais, ou retificações abrangidas pelos arts. 1.º e 2.º desta Lei, e nos quais esteja envolvido interesse de pessoa jurídica de direito público, será esta notificada de todo o teor das irregularidades, no prazo de 30 (trinta) dias contados do término da inspeção ou correção". (grifou-se).

Finalmente, o interesse da pessoa jurídica de direito público terá que ser *direto e patrimonial*, pois que o efeito imediato do ato de cancelar o registro, como já se acentuou anteriormente, é o de determinar a extinção da realidade do direito de propriedade daquele em cujo nome estiver o imóvel registrado.

Assim, o cancelamento do registro deverá determinar o retorno da propriedade ao domínio público, alcançando-se, inclusive, os demais registros em cadeia com o registro cancelado (§ 2.º, art. 1.º).

O entendimento de que a legitimidade da pessoa jurídica de direito público para pedir o cancelamento será reconhecida em qualquer caso em que se configurem as hipóteses legais, "*concessa maxima venia*", deve ser repellido com veemência, pois que, se assim for proclamado estaremos presenciando uma situação em que a administração passará a exercer uma competência sobre negócios jurídicos privados, com usurpação e substituição da competência do Poder Judiciário, pois como já se ressaltou, o fato de o cancelamento ser promovido por determinação do Corregedor Geral da Justiça não elimina, não exclui o caráter meramente administrativo da medida.

No caso versado nestes autos, salvo outro melhor juízo, não existe qualquer interesse público direto e patrimonial para legitimar pessoa jurídica de direito público da órbita estadual à promoção do cancelamento da matrícula e do registro que causaram lesão a alegado direito de RENATO RABELLO VAZ.

É o parecer.

Campo Grande, 17 de julho de 1980.

Evandro Ferreira de Viana Bandeira
Proc. Assuntos Judiciais

DISPENSA DE LICITAÇÃO

Dispensa de Licitação — Compete à Procuradoria Geral do Estado colaborar com o Governador do Estado, no âmbito do Executivo, no controle da legalidade dos atos administrativos. Havendo parâmetros de confronto, não sendo os serviços suscetíveis de execução somente por determinada firma especializada, em grau incomparável com as demais, o cotejo licitatório se impõe em face da excepcionalidade da norma, que só autoriza a dispensa quando não está em jogo o princípio fundamental do instituto — o da isonomia.

Veio-nos o presente processo para apreciação da minuta de fls. 08/16, tudo em conformidade com o r. despacho de fls. 19.

Referida minuta consubstancia um contrato de prestação de assistência técnica pela empresa BRASILINVEST S/A. — INTEGRAÇÃO NACIONAL, sediada no SCP — Edifício Gilberto Salomão, 13.º andar, em Brasília-DF. ao Estado de Mato Grosso do Sul, para estruturação e implantação de um Banco Estadual, no valor de Cr\$ 6.428.370,00 (seis milhões quatrocentos e vinte e oito mil trezentos e setenta cruzeiros), distribuídos em parcelas

mensais de Cr\$ 642.837,00 (seiscientos e quarenta e dois mil oitocentos e trinta e sete cruzeiros).

Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral, esclareça-se, inicialmente, que o documento de fls. 08/16 não é uma *minuta*, mas sim um instrumento acabado, vez que já se encontra, inclusive, assinado e rubricado pelas partes, malgrado estabeleça a Lei que dispõe sobre os contratos da Administração Pública Direta que “as *minutas* dos termos de contrato da Administração centralizada serão *obrigatoriamente* submetidos ao exame da Procuradoria-Geral do Estado...” (§ 1.º, Art. 31 do Decreto-Lei n.º 19, de 01.01.79).

Contudo, *in casu*, isto não se deu. Foi-nos submetido a exame um contrato firmado, ou seja, que já completara o ciclo necessário para a sua existência jurídica, só nos restando indagar se o mencionado instrumento preenche os requisitos do art. 28 do Decreto-Lei n.º 19 de 01 de janeiro de 1979, que prescreve, *in verbis*

“todo contrato mencionará, obrigatoriamente, os nomes das partes e de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo da licitação ou da respec-

tiva dispensa, bem como a sujeição dos contratantes às normas deste Decreto-Lei e às cláusulas contratuais”.

Verifica-se do preâmbulo do instrumento acostado às fls. 08/16, que ele não traz o número do procedimento da dispensa da licitação, constando tão somente, às fls. 18, um Ofício do M.D. Secretário de Fazenda, Eng.º Paulo de Almeida Fagundes, ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, solicitando a dispensa da mesma como previsto no inciso V do art. 8.º do aludido Decreto-Lei 19, que dispõe que a licitação só poderá ser dispensada:

“para contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, a critério do Governador do Estado, mediante justificativa do órgão ou entidade interessada”.

É certo que Sua Excelência, o Senhor Governador, *autorizou*, em 30.01.80, a dispensa solicitada, mas não menos correto é que o órgão interessado não fez, para o mister, a imprescindível justificativa deixando, via de conseqüência, sem jaça o dispositivo legal supra transcrito, tendo mesmo, antes da autorização do Excelentíssimo Senhor Governador, como se depreende do expediente de fls. 18, firmado um contrato sem obediência à condicionante da nossa legislação básica sobre licitação, porquanto, segundo os cultores do Direito Administrativo, a dispensa com fundamento na notória especialização, só se justifica, quando se tratar de serviço cuja natureza demande uma qualificação incomum, excludente de um cotejo licitatório, sem parâmetros de confronto, o que na hipótese, incorre, vez que a autoridade administrativa podia optar, como se vê do r. ofício de fls. 18, ao escolher firma especializada.

Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral, o

conceito de notória especialização, para efeito de dispensa de licitação na contratação de serviços com firmas ou profissionais, tem dado margem a certa controvérsia, no tocante às suas notas essenciais, ainda que a discussão doutrinária venha propiciando um crescente esclarecimento da questão.

Estabeleça-se, desde logo, em face do que dispõe o art. 8.º, inciso V, do Decreto-Lei Estadual n.º 19, de 01 de janeiro de 1979, cujo correspondente na área federal é o art. 126, do Decreto-Lei n.º 200, de 1967, o inaceitável de uma interpretação que se mantivesse na superfície da letra, considerando dispensada a licitação e permitindo a contratação direta toda vez que estivesse em causa empresa especializada ainda que a especialização seja notória. Esta prática, como acentuam doutos administrativistas, não condiria com o conteúdo preceptivo que se evidencia a uma indagação do sentido lógico, dedutível do sistema e da excepcionalidade da norma, já que “a notória especialização deve servir, apenas, às contratações excepcionais, como exceção a uma regra e, mais do que isto, como exceção a um princípio” (Lúcia Valle Figueiredo, *in* “Da Notória Especialização”, B. Interior, 56/16).

Na verdade, como acentuou o então Consultor Geral da República, Dr. Luiz Rafael Mayer, em parecer publicado na Revista de Direito Público n.º 39/40 e no Boletim do Interior n.º 48, págs. 117 e 39, respectivamente, “não colhe dispensar-se a licitação, na espécie (do inciso V, art. 8.º do Decreto-Lei n.º 19), senão quando ela se mostre impraticável, inócua ou inadequada para os efeitos da contratação que se tem em mira. Se para esses efeitos, se faz possível a escolha dentre mais de um profissional ou empresa

especializada, incorrendo fatores relevantes e objetivos que justifiquem a eleição direta de um, exclusiva e determinadamente, então a licitação se impõe”.

No caso que se ora nos apresenta, sequer mesmo a Administração procurou demonstrar a ocorrência de qualquer fator para avaliar a existência da notória especialização da contratada, fazendo *tabula rasa* da finalidade da norma, que só excepciona quando não está em jogo o princípio fundamental do instituto — o da isonomia.

No parecer anteriormente citado, diz o eminente Luiz Rafael que ressaltada a dificuldade lógica de generalizar, abstratamente, sobre a configuração dispensativa da excepcionalidade, que se situa no plano concreto, complexo e variável dos elementos de fato, resta acentuar que a melhor doutrina vem trazendo apreciável contribuição ao atendimento do ponto questionado, pondo em relevo uma conceituação que já se impunha desde a vetusta formulação do Código de Contabilidade.

A elaboração doutrinária se tem voltado, continua o ínclito ex-Consultor Geral da República, de modo expresso ou implícito, para destacar a conotação da singularidade, como a característica específica e, portanto, essencialmente configuradora do modelo legal da notória especialização, tendo como correspondência e condicionante a impossibilidade de licitar-se”.

Di-lo, em perfeita síntese, o ilustre Adilson Abreu Dallari: “O princípio da impossibilidade material significa que a licitação seria dispensada nos casos em que sua realização fosse materialmente impossível em virtude da singularidade do objeto. Singularidade esta decorrente não só da natureza íntima do objeto mas também

da individualidade decorrente de fatores externos, inclusive a determinação da marca” (in “Aspectos Jurídicos da Licitação”, pág. 48).

Em proficiente análise jurídica, a partir da mesma idéia de singularidade, Celso Antônio Bandeira de Mello indica as margens e a importância do critério e do interesse da Administração a repercutir na individualização do bem ou serviço, admitido que o termo final desse juízo está no ponto em que “a intensidade da especificação se converte em singularização de bens e serviços que por si mesmo não sejam singulares”, isto é, um “contemperamento entre o gênero do objeto ou serviço requerido e o critério administrativo determinado em função da necessidade a ser satisfeita”. E define, a merecer transcrição: “São singulares os bens que possuam uma individualidade tão específica que os torne inassimiláveis a quaisquer outros da mesma espécie. Esta individualidade referida pode provir: a) da natureza íntima deles; b) da circunstância de serem únicos: 1) quer em sentido absoluto; 2) quer em razão de evento externo a eles” (in RDP 8/93 e segs.).

A mesma idéia é subjacente ao entendimento do Prof. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ao afirmar que o verdadeiro sentido do dispositivo (art. 126, § 2.º, “d”) deve ser “buscado dentro de critérios que surjam da inexistência de executores devidamente qualificados”, ou seja, “quando se tratar de serviço relevante, tecnicamente pioneiro e que exija capacitação pessoal de conhecimento exclusivo (in “Comentários à Reforma Administrativa Federal”, pág. 285). No mesmo sentido, o Prof. Carlos Leopoldo Dayrell, ao insistir nos conceitos, que utiliza de unicidade, como justificativa da

dispensa de licitação, nos termos do artigo da lei em causa (*in* "As Licitações na Administração Pública", pág. n.º 28).

Em celebrado parecer do então Procurador Geral, atual Ministro do Tribunal de Contas da União, Luiz Octávio Gallotti, consta brilhante exegese que enriquece a linha do entendimento aqui exposto, e que veio repercutir em súmula adotada pela E. Corte de Contas, como em pertinentes instruções da área administrativa do Ministério do Exército. Aí se abordam, com propriedade os aspectos subjetivo e objetivo do pressuposto factual da Lei, ao afirmar-se que "o verdadeiro sentido do dispositivo deve ser buscado não só na qualificação do prestador, mas na índole do contrato que, para notória especialização em seu desempenho, deve ser necessariamente inédito ou incomum", e que não se inclui, no permissivo, a tarefa, mesmo especializada, que se tenha generalizado pelo uso" (*in* "Revista do Tribunal de Contas da União" 5/262)".

A precitada súmula foi originária de acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União no processo n.º 10.362/73, calcado em decisão anterior do Tribunal de Contas do Distrito Federal, no processo n.º 1.703/71, e tem o seguinte enunciado:

"a dispensa de licitação para contratação de serviços com profissionais

ou firmas de notória especialização de acordo com a alínea "d" do artigo 126, § 2.º do Decreto-Lei n.º 200, de . . . 25.02.1967, só tem lugar quando se trata de serviço público ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação".

Em vista de todo o exposto, quer nos parecer, salvo melhor juízo, que o fato de ter-se "pesquisado o mercado, optando-se pela empresa Brasilinvest, como nos dá notícia o Ofício n.º 023/SEF, fls. 18, exclui de per si a notória especialização da contratada, vez que há parâmetros de confronto, não sendo os serviços suscetíveis de execução somente por determinada firma especializada, em grau incomparável com as demais, já que, *in casu*, as circunstâncias possibilitam o cotejo licitatório, só restando a esta Procuradoria opinar contrariamente ao instrumento de fls. 08/16, que fora enviado à Procuradoria Geral do Estado à guisa de minuta.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 24 de julho de 1980.

Claudionor Miguel Abss Duarte
Procurador de Assuntos
Administrativos

DOAÇÃO PELO ESTADO DE MT AO MUNICÍPIO DE ANAURILÂNDIA. LEI N.º 4006, DE 18.08.78. APLICABILIDADE FACE À LEI COMPLEMENTAR N.º 31, DE 11.10.77

Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral do Estado:

A Prefeitura Municipal de Anaurilândia, por meio do ofício n.º 72/80, de 27.03.80, dirigiu-se ao Exmo. Sr. Dr. Marcelo Miranda Soares, DD. Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, solicitando-lhe fosse escriturada definitivamente àquela municipalidade o imóvel denominado "Vila Formosa", antigo "Quebracho", de acordo com a lei n.º 4006, de 18 de agosto de 1978, pela qual o Poder Executivo do Estado de Mato Grosso fora autorizado a fazer a doação em tela.

A referida lei foi publicada no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso na edição de 18.08.78, sancionada na mesma data pelo então Governador Cássio Leite de Barros.

Acentua o Sr. Prefeito de Anaurilândia, Napoleão Pereira de Lima, em seu ofício, que a área em questão, com 22 hectares, logo que passar para o patrimônio imobiliário da Prefeitura de Anaurilândia, será doada aos atuais moradores estabelecidos no local, bem

como aos novos interessados, desde que se comprometam a construir no terreno.

Examinando o pedido, não há negar que, consoante o disposto no art. 40 da Lei Complementar n.º 31, de 11.10.77, aplica-se no Estado de Mato Grosso do Sul a legislação em vigor no Estado de Mato Grosso, na data da vigência dessa lei.

De início, surge a questão de uma possível inaplicabilidade *in casu* do aludido dispositivo, de vez que a lei autorizadora da doação (n.º 4006, de 18.08.78) data de período posterior ao mencionado na lei complementar.

No entanto, não há pensar, quer nos parecer, em inaplicabilidade, eis que a lei pela qual o Poder Executivo fica autorizado a empreender uma doação a determinada pessoa é dotada de uma potencialidade, que se exaure na própria concretização do ato, *in casu* a doação, não se podendo falar em "inaplicabilidade", cujo conceito se destina à generalidade, não se esgotando seu potencial normativo, como ocorre na espécie ora examinada.

Conclui-se, portanto, que, a partir da promulgação da Lei Complementar n.º 31, de 11 de outubro de 1977, o Estado de Mato Grosso não poderia ficar privado de legislar, em assuntos de natureza específica, sem o cunho de generalidade, no âmbito de problemas e assuntos de interesse da região sul do Estado, que, por sinal, só adquiriria personalidade a partir de 1.º de janeiro de 1979. “Leis há, as chamadas leis formais que não exprimem normas gerais e sim preceitos individualizados e concretos. Ferem elas o princípio da igualdade, mormente o da uniformidade de tratamento? Não. Conforme doutrinou SANTIAGO DANTAS, esses atos têm verdadeiramente a natureza de atos administrativos. Somente sua forma é lei. Assim não configuram violação do princípio constitucional da igualdade (“A igualdade perante a lei e due process of law. Problemas de direito positivo”. Rio de Janeiro, Forense, 1953, p. 37 e segs. — citação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, in “Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo” — 13/15, página 61).

Assim, não se podendo admitir, no caso *sub-examine* a hipótese de inaplicabilidade, necessário se faz, no entanto, que o Exmo. Sr. Governador do nosso Estado, o de Mato Grosso do Sul, autorize a lavratura da escritura de

doação em tela, eis que lhe cabe a aferição da conveniência do ato.

Cumpra, ainda, salientar que a doação em tela só se tornará perfeita com a lavratura e assinatura pelas partes da escritura pública de doação, que é da substância do ato, segundo o Código Civil. A respeito da matéria, esta Procuradoria Geral já emitiu o parecer n.º 119/79, publicado na edição inaugural da “Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul”, págs. 134/135, segundo o qual: “Não é perfeito o ato de doação de terreno sem escritura pública, que é da substância desse ato, conforme art. 134 do Código Civil”. E ainda: “É lícito chegar ao entendimento desta forma, porque 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 o meu entendimento, s.m.j. de V. Exa.

Campo Grande, 20 de julho de 1980.

José Couto Vieira Pontes
Assessor Especial
Procurador Geral Adjunto do Estado,
em exercício

**PROJETO DE LEI — VETO. — INCONSTITUCIONALIDADE
— EXCLUSÃO DE INICIATIVA DO LEGISLATIVO.**

Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral:

Veio-nos o presente processo em decorrência do r. despacho de fls. 04, para que esta Procuradoria de Assuntos Administrativos se manifeste quanto ao consubstanciado no r. Of. P/134/80, de fls. 02, que encaminha o projeto de lei que inclui no Plano Estadual de Estradas de Rodagem o trecho que menciona, para os fins do disposto no artigo 35 da Constituição Estadual.

Em face da urgência que o caso requer, vez que referido projeto foi recebido pelo Excelentíssimo Senhor Governador, em 03/07/80 (fls. 02), e só encaminhado à Procuradoria Geral do Estado em 23.07.80 (fls. 02, infra), não percutiremos a matéria para os fins do artigo 35 da Constituição Estadual, com a necessária detença do contraste entre o estabelecido pelo mencionado projeto e o pelo texto maior do Estado.

Contudo, *prima facie*, infere-se que o consubstanciado pelo projeto de lei

que se ora nos encaminha, não pode ser sancionado, porquanto esbarra, quer nos parecer, no artigo 31, IV, da Constituição Estadual, que exclui da iniciativa do legislativo projeto de lei que disponha sobre organização administrativa e os serviços públicos, como na hipótese *sub examine*, impondo, via de consequência, o veto total, que terá como fundamento a inconstitucionalidade do projeto, ou seja, a contradição entre o projeto e a constituição.

Encaminha-se à Casa Civil, ainda hoje, face ao disposto no § 1.º do artigo 35 da Constituição Estadual.

É o que tínhamos a aduzir com relação ao assunto neste processo.

Campo Grande, 25 de julho de 1980.

Claudionor Miguel Absz Duarte
Procurador de Assuntos
Administrativos

PROCESSO N.º 01/0093/80

PARECER/PGE/278/80

REEXAME DE PARECER, LEI N.º 36, DE 26.11.79

Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral:

O Exmo. Sr. Consultor Legislativo do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul submete a esta Procuradoria Geral solicitação do Dersul para reexame do Parecer/PGE/227/80 de nossa lavra, com referência à sua letra g, onde trata de modificação que aquela Autarquia pretende introduzir na Lei n.º 36, de 26.11.79, visando dar preferência aos detentores de “linhas de fato” quando da concessão do serviço público referente a essas linhas, o que esta Procuradoria entendeu ser impossível por ferir o princípio constitucional da isonomia.

Ao pedido de reexame foram juntadas cópias de regulamentos do DNER e dos serviços de Transportes Intermunicipais do Estado de Mato Grosso, que admitem a outorga da concessão sem a concorrência. Entretanto, segundo ensinamento do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, inserto *in* “Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta”, pág. 49:

“A outorga do serviço de concessão depende de lei que a autorize. Não pode o Executivo, por simples decisão sua, entender de transferir a terceiros

o exercício de atividade havida como peculiar ao Estado”.

Para juntar mais adiante:

“Além disso, a Administração não é livre para escolher o concessionário que deseja. Deverá proceder a uma concorrência a fim de que se apresentem os interessados, selecionando-se aquele que oferecer condições mais vantajosas”.

Por outro lado, não é possível haver concorrência válida sem respeito absoluto ao princípio da isonomia, como vem demonstrado em lição do mesmo mestre contida em parecer desta Procuradoria transcrito à pág. 121 do volume I da “Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul” que diz que:

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

Com efeito, sendo encarregado 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'.

Dessa forma, mesmo havendo manifestação legislativa de outro Estado em contrário à nossa opinião sobre a matéria versada, todavia, não podemos

modificá-la, pois entendemos estar resguardando aqui um dos bastiões da vida democrática, de cuja defesa não podemos nos arredar sem comprometer nossas convicções.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 31 de julho de 1980.

Leonardo Nunes da Cunha
Consultor da Procuradoria Geral
do Estado

CONSULTA SOBRE A VIABILIDADE DE SE DISPENSAR A PRESTAÇÃO DA GARANTIA POR PARTE DE LICITANTES, NA MODALIDADE DE CAUÇÃO.

A Administração não está obrigada a exigir a caução. Tal exigência ficou, "ex vi legis", condicionada ao interesse público. A regra é a dispensa da caução, constituindo exceção a sua prestação.

Veio-nos o presente processo em decorrência do r. despacho de fls. 17, da lavra do eminente Sr. Secretário Adjunto da Fazenda, que, após examinar o parecer do MD, assessor da Auditoria Geral do Estado e o do denodado Diretor do Tesouro, achou por bem ouvir, à guisa de consulta, a Procuradoria Geral do Estado sobre a *quaestio*.

A consulta, ao que se infere do douto parecer de fls. 03/12, consiste em se saber se há viabilidade legal de se abolir da legislação vigente os dispositivos relativos à prestação de caução pelos licitantes e/ou contratados, junto à Administração Estadual, porquanto referida exigência representa para a Administração uma considerável utilização de mão-de-obra, gastos com material, responsabilidade com a guarda de valores de terceiros, e, ain-

da, em implicações operacionais e contábil.

A consulta, Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral, não oferece nenhuma dificuldade. Com efeito, o direito positivo estadual, em sua legislação básica sobre licitação, Decreto-Lei n.º 19, de 01.01.79, artigo 11, inciso IX, dispõe, *in verbis*:

Art. 11 — constarão obrigatoriamente do edital de licitação, sob pena de invalidade:

...

IX — a modalidade de garantia, *se exigida* (grifamos).

E o art. 17 do mesmo diploma legal acima transcrito prescreve:

Art. 17 — *A Administração, sempre que o interesse público o exigir, poderá determinar a prestação de garantia por parte dos licitantes, segundo as seguintes modalidades* (grifamos).

I — caução em dinheiro, fidejussória ou em títulos da dívida pública da União ou do Estado de Mato Grosso do Sul;

II — fiança bancária;

III — seguro garantia;

IV — hipoteca.

E o regulamento à legislação básica estadual, Decreto n.º 113, de 30.04.79, com não poderia deixar de fazê-lo, já que administração legal é aquela posta em movimento pela Lei e exercida nos limites de suas disposições, determina:

Art. 18 — No edital, divulgado, com a antecedência prevista, indicar-se-á, no mínimo:

...

IX — a modalidade de garantia, se exigida; (grifamos).

E o art. 19, inciso III, alínea "b", do mesmo regulamento asserre:

Art. 19 — *A critério da Administração*, poderá constar de edital:

III — quando se tratar de obra ou serviço de grande vulto ou de natureza especial, cláusula que obrigue o licitante a cumprir as seguintes condições:

...

b) — apresentação de garantia financeira.

No mais, o Decreto n.º 113, nos artigos 31 e 54, inciso VII, ratifica o disposto nos artigos 17 e 26 do Decreto-Lei n.º 19, já transcritos.

Exmo. Sr. Procurador Geral, quer nos parecer, face uma interpretação literal dos dispositivos citados, que a Administração não está obrigada a exigir a caução, visto que tal exigência ficou condicionada ao interesse da Administração, razão por que não há que se esperar abolir da legislação vigente a garantia da caução, como pretende o ilustre consulente, para concretamente expurgá-la do procedimento licitatório. *Isto pode se fazer a qualquer tempo, sem necessidade de mudança do orde-*

namento normativo, a critério da Administração.

Aliás, como, outrossim, se infere literalmente da legislação citada, *a regra é a dispensa da caução*, já que a condicionante imposta pelo legislador — sempre que o interesse público o exigir — serve como norte para determinar a prestação da mencionada garantia. Neste sentido o artigo 17 do Decreto-Lei n.º 19, de 1.º de janeiro de 1979, é persuasivo: "A Administração, sempre que o interesse público o exigir, poderá determinar a prestação de garantia por parte dos licitantes. . ." Tem, na hipótese, o Administrador Público, poderes discricionários ou políticos para, em examinando o mérito (conveniência ou oportunidade) da situação do mundo empírico, exigir, como exceção à regra, a prestação da caução.

Isto posto, s.m.j. não se vislumbra necessidade de modificação da legislação vigente para que seja dispensada a caução, vez que esta é a regra, mas, pelo contrário, é de grande valia a permanência da possibilidade de se lançar mão da exceção, que, *in casu*, é exigência da caução, quando assim o exigir o interesse público.

É o parecer, "*sub censura*".

Campo Grande, 19 de agosto de 1980.

Claudionor Miguel Abs Duarte
Procurador de Assuntos
Administrativos

PROCESSO N.º 11/135/80

PARECER/PGE/281/80

DENOMINAÇÃO PELO ESTADO DE RODOVIA FEDERAL

Bem público federal. O Estado não tem competência para nominar rodovia federal. Somente a União poderá fazê-lo, observada a restrição imposta pela Lei.

Veio-nos o presente processo em decorrência do r. despacho de fls 02 da lavra do Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado para Assuntos da Casa Civil de Mato Grosso do Sul, para emissão de parecer quanto à legalidade do consubstanciado no Of. P/024/80, endereçado ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, comunicando a aprovação, pela Assembléia, de requerimento de autoria do nobre Deputado Getúlio Gideão, solicitando que a Rodovia BR-376 tenha a denominação do falecido e ilustre Antônio Joaquim de Moura Andrade.

Lançamos, inicialmente, a cota de fls. 03, porquanto, *data venia*, o ofício referido não deixava claro sobre o que devíamos opinar, malgrado rr. opiniões contrárias (fls. 03v e 04).

Contudo, a respeitável cota de fls. 03 verso, do ilustre e denodado Chefe da Casa Civil é minudenciosa, quanto ao objeto de nossa incursão: "competência do Estado para nominar rodovias federais . . ."

Delimitado assim o *punctum saliens* da questão que se ora nos apresenta, inferimos que a BR-376 é um bem da União, pessoa jurídica de Direito Público, a quem compete, observada restrição imposta pela Lei 6.454, de 24.10.77, denominar os bens de uso comum do povo vinculado à sua administração.

É cediço, Exmo. Sr. Procurador Geral, que cada ente público com capacidade política detém, com exclusividade, a capacidade administrativa para gerir os seus bens e, resta indubitado, outrossim, que compreendida na gestão dos bens está a competência para a sua denominação.

Sendo a BR-376 bem público federal, somente a União, através de decreto de Sua Excelência, o Senhor Presidente da República, poderá denominar a BR-376 de "Rodovia Antônio Joaquim de Moura Andrade".

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 18 de agosto de 1980.

Claudionor Miguel Absz Duarte
Procurador de Assuntos
Administrativos

**IMÓVEL DOADO AO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
É DEVIDAMENTE REGISTRADO EM CARTÓRIO
COMPETENTE. VALIDADE ERGA OMNES.**

Através do telegrama de fls. 02, o Exmo. Sr. Dr. Oquendo Lopes - Diretor da Rede Ferroviária Federal S/A, dirigindo-se ao Exmo. Sr. Dr. Olavo Vilela de Andrade, M. D. Secretário de Estado da Infra-Estrutura Regional e Urbana, em 28 de agosto do corrente ano, comunica que a Secretaria de Infra-Estrutura Regional e Urbana está construindo em Corumbá, um centro social na Rua Portocarrero, entre as ruas Frei Mariano, Antônio Maria e Antônio João, em área que — segundo o Dr. Oquendo Lopes — pertence à Rede, conforme título definitivo transcrito em 02.05.51 sob n.º 2.147 no Livro "B" n.º 07, do Registro Integral do Cartório do 4.º Tabelião de Notas de Corumbá.

Acentua, ainda, o texto do referido telegrama: "a fim evitar providências que não se coadunariam com o clima de harmonia reinante entre ambas as entidades, solicitamos gentileza vossência determinar imediata paralisação obras, pelo que antecipamos melhores agradecimentos".

Examinando a questão, esta Procuradoria Geral providenciou cópia da

certidão a que se refere a comunicação da R.F.F. S/A., relativa ao registro feito no Livro B, n.º 7, ano 1951, do Registro de Títulos e Documentos da Comarca de Corumbá, protocolo n.º 2.137, livro A, n.º 1, do título definitivo do Terreno Suburbano com a área de 632.815,25 m², fazendo alusão à Lei Municipal n.º 29, de 13.01.51 da Câmara Municipal de Corumbá que autorizou o Poder Executivo a doar ao Ministério da Viação e Obras Públicas a aludida área, mencionando-lhe os limites.

Em face da *quaestio*, necessário se faz aduzir as seguintes considerações:

1. A R.F.F. S/A. alega, de início, ser de sua propriedade o imóvel em questão, apresentando como prova de domínio uma certidão de título transcrito em cartório de títulos e documentos. No entanto, consoante o disposto no Código Civil (art. 530, I) e na Lei de Registros Públicos (arts. 1.º, § 1.º, IV, 167 e 172 da Lei n.º 6015, de 31.12.73) adquire-se a propriedade imóvel pelo registro no cartório imobiliário (a antiga transcrição) máxime para atendimento dos requisitos de pu-

blicidade ou validade *erga omnes*. Assim, é de todo imprestável, como prova de domínio, a transcrição do título em cartório de registro de títulos e documentos.

2. Examinando a documentação pertinente a essa área, verifica-se que o imóvel em tela foi doado ao Estado de Mato Grosso do Sul pela Prefeitura de Corumbá, em face de autorização legislativa decorrente da lei n.º 785, de 30 de junho de 1980, achando-se, inclusive, lavrada a escritura pública de doação, que é da substância do ato, e registrada no cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Corumbá, 1.ª Circunscrição, sob n.º 01-5.669 a 01-5.676, matrícula n.º 5.699 a 5.676, ficha 01, de 03.09.80, devidamente averbada na Prefeitura Municipal sob n.ºs 22.288/22.293, inscrição 24807001, de 03.09.80.

Assim, não há negar pertença ao Estado de Mato Grosso do Sul o domínio pleno e efetivo do imóvel em tela, razão por que nada lhe pode obstar

a realização de edificações através de seu órgão da desconcentração administrativa, a Secretaria de Estado de Infra-Estrutura Regional e Urbana, mesmo porque a lei municipal n.º 29, de 13.01.51, que autorizara a doação do imóvel ao Ministério da Viação e Obras Públicas, se acha revogada pela lei n.º 785, de 30.06.80, que autorizou a doação ao Estado de Mato Grosso do Sul, consoante o art. 2.º, § 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Assim, não vemos como acatar a reclamação do ilustrado Diretor da Rede Ferroviária Federal S/A., engenheiro Oquendo Lopes, não se justificando, em face da lei, a "paralisação imediata" das obras em construção pelo Estado de MS, no imóvel de que é titular do domínio.

Campo Grande, 05 de setembro de 1980.

José Couto Vieira Pontes
Assessor Especial

PARCELAMENTO DO SOLO URBANO. (LEI N.º 6.766, DE 19.12.79). COMPETÊNCIA DO ESTADO PARA EXAME E ANUÊNCIA PRÉVIA PARA APROVAÇÃO DE LOTEAMENTO.

JÚLIO ALVES MARTINS e sua mulher Zilda Maria Martins encaminharam petição ao Exmo. Sr. Dr. Marcelo Miranda Soares, solicitando exame e anuência para posterior aprovação pelo Município de Cassilândia, MS, do loteamento denominado JUCIMAR, com base no art. 13, III da Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, instruindo o pedido com vários documentos e plantas concernentes ao empreendimento imobiliário em tela.

O Sr. Secretário de Estado para Assuntos da Casa Civil encaminhou a esta Procuradoria Geral, em 11.08.80 os referidos autos "para exame do aspecto jurídico e da legalidade do pedido". A Procuradoria Geral do Estado, em seguida, remeteu o processo à Secretaria de Administração, a fim de que fosse ouvida a Superintendência do Patrimônio. Esta, por sua vez, à fl. 135, alega nada ter a opinar considerando que ainda não existe no Estado legislação pertinente definindo as áreas de proteção especial e estabelecendo normas para loteamento e desmembramento nesses locais, encaminhando os autos

à Secretaria de Planejamento do Estado de Mato Grosso do Sul.

A SEPLAN, manifestando-se a respeito do pedido, através do parecer técnico n.º 009/80, firmado pelo Sr. Técnico de Planejamento e Pesquisa, acentua não lhe ser possível "efetuar o Exame e Anuência Prévia do citado loteamento, conforme determinam os artigos 13, 14 e 15, da Lei 6.766", em face da ausência de documentos nos autos, enumerados em seu parecer de fls., que, aliás, chegou a esta Procuradoria Geral solto, sem numeração.

A seguir, a ilustrada Secretaria de Planejamento remeteu os autos a esta Procuradoria Geral, conforme despacho de fls. 140.

Do exame dos autos e análise de seus aspectos jurídicos, cabe-me tecer as seguintes considerações:

1 — A Lei n.º 6.766, de 19.12.79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, estabelece que o interessado deverá satisfazer exigências federais, estaduais e municipais, a fim de que o seu processo seja aprovado.

2 — Com relação ao Estado — cuja

hipótese é a motivadora da vinda dos autos presentes a esta Procuradoria Geral, determina o art. 13, da aludida lei, que cabe aos Estados o exame e a anuência prévia, para a aprovação pelos municípios, do loteamento, nas condições que enumera, nos incisos I a III.

Por esta razão, esta P.G.E. achou de todo necessário, por cautela, ouvir a ilustrada Secretaria de Planejamento, a fim de que fossem examinadas, nos autos, a situação do loteamento, suas características, a eventual ocorrência de localização em áreas reservadas e prioritárias, máxime considerando-se tratar-se de loteamento com área superior a 100 hectares.

A SEPLAN, na sua peça solta, acentua não lhe ser possível opinar a respeito tendo em vista que o interessado deverá solicitar do INCRA a "competente prévia audiência a respeito da matéria"; que a Lei n.º 6.766, no art. 6.º, III exige a localização na planta, dos cursos d'água, bosques e construções existentes; que, consoante o art. 9.º, § 1.º, VI da mesma lei, deverá o interessado indicar "em planta e perfis de todas as linhas de escoamento de águas pluviais".

3 — É evidente que o interessado, a fim de satisfazer as exigências legais, deverá providenciar sejam mencionados e indicados, na planta, os acidentes, construções e linhas referidos no parecer técnico. Quanto à anuência do INCRA, imprescindível por se situar em área rural, nos termos do art. 53 da Lei de Parcelamento do Solo, não quer dizer essa exigência, que se imponha cronologicamente necessária como requisito essencial e prévio para a manifestação do Estado, eis que os exames prévios, o do Estado e o do INCRA,

são inafastáveis para a aprovação do loteamento, mas não significam que o segundo deva anteceder ao primeiro. Assim, desde logo poderá o Estado dizer de seu interesse e de suas conveniências quanto ao loteamento em tela, sendo sua manifestação autônoma e própria, não condicionada evidentemente a uma prévia manifestação do INCRA, que por sua vez terá que examinar a pretensão e ser consultado a respeito.

4 — No tocante à inexistência de legislação estadual pertinente à definição de áreas de proteção especial e norma para loteamento e desmembramento nas referidas regiões, é mister salientar que tal fato não implica na impossibilidade de o Estado, em face de uma pretensão, emitir seu parecer e expressar o seu interesse em relação à questão.

Em face do exposto, opinamos no sentido de que seja o presente processo restituído à novel Governadoria do Estado, para que esta solicite, com urgência necessária, à SEPLAN, seja o interessado notificado para satisfazer as exigências contidas no parecer técnico n.º 009/80-SEPLAN quanto aos incisos I e II do mesmo, após o que essa Secretaria dará o seu parecer quanto aos interesses do Estado e à proteção de suas áreas especiais reservadas, sem o qual não poderá o Estado emitir sua anuência (que é prévia logicamente, por anteceder à da municipalidade).

É o parecer.

Campo Grande, 11 de setembro de 1980.

José Couto Vieira Pontes
Assessor Especial

APLICAÇÃO DA LEI DA ANISTIA A SERVIDOR QUE EXERCIA FUNÇÃO PÚBLICA DELIMITADA NO TEMPO.

Lei n.º 6.683/79 — Realizado o desmembramento do Estado de Mato Grosso, ficou para o Estado de Mato Grosso do Sul o direito de reverter e aposentar o servidor vinculado à sua jurisdição e competência, em razão do lugar onde se encontrava à época de sua demissão. O fato do requerente ter exercido função *pro tempore* não o exclui da égide da Lei n.º 6.683, que comporta exegese ampla.

I

Veio-nos o presente processo em decorrência do r. despacho de fls. 68, da lavra do eminente Secretário de Estado para Assuntos da Casa Civil, Osmar Ferreira Dutra, para exame e parecer da pretensão deduzida administrativamente pelo denodado Dr. Reinaldo Faria Pedroso, qualificado às fls. 02, que alegou, em síntese apertada, ter sido nomeado para exercer o cargo de Juiz Substituto, Símbolo PJ-20, conforme ato governamental de 26 de janeiro de 1961, e que, enquanto se encontrava no exercício da função judicante, foi atingido pelo ato de demissão, fulcrado no artigo 7.º, § 1.º do Ato Institucional n.º 1, de 09 de abril

de 1964, por falta de probidade no exercício do cargo, segundo consta do Decreto Estadual, n.º 714, de 12 de maio de 1964, publicado no Diário Oficial de 18 de maio de 1964.

Com o advento da Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979, regulamentada pelo Decreto n.º 84.143, de 31 de outubro de 1979, diplomas legais que disciplinam a anistia concedida pelo Governo Federal a todos quantos foram punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares, requereu o Dr. Reinaldo Faria Pedroso, o retorno ao cargo que então exercia, ou aposentadoria por tempo de serviço.

A pretensão foi deduzida ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, quem, com fulcro no Decreto n.º 84.143, de 31.10.79, artigo 11, nomeou os eminentes Desembargadores Atháide Monteiro da Silva, Benedito Pereira do Nascimento e José Vidal, para comporem a Comissão destinada à instituição e processamento do requerido pelo Dr. Reinaldo Faria Pedroso. Esta douta Comissão, às fls. 42/46, cumpriu o seu desiderato dentro dos limites impostos

pelo parágrafo 4.º, do artigo 11, do Decreto n.º 84.143, de 31.10.79, sendo, por sugestão dela, os autos remetidos pelo Exmo. Sr. Desembargador Presidente à consideração do Excelentíssimo Sr. Governador do Estado (fls. n.º 47).

Sua Excelência, o Senhor Governador do Estado de Mato Grosso, após manifestação do ínclito Secretário de Justiça, Dr. Domingos Sávio Brandão Lima, encaminhou o processo ao Governador deste novel Estado.

II

Exmo. Sr. Procurador Geral, quanto à competência do Estado de Mato Grosso do Sul, para apreciar o pedido, reportamo-nos ao parecer 271/80 da Procuradoria Geral do Estado, aprovado por V. Exa., cuja ementa é a seguinte:

“Lei n.º 6.683/79 — O Governador do Estado de Mato Grosso do Sul tem competência para considerar (declarar) aposentado servidor demitido sob a jurisdição do Estado de Mato Grosso. A Lei n.º 6.683/79 produziu seus efeitos desde logo. Proventos devidos desde a publicação”.

Tollitur Quaestio. “Realizado o desmembramento territorial do Estado de Mato Grosso, lógico seria que ficasse na órbita do Poder Executivo de Mato Grosso do Sul, detentor atual em seu Território, das funções típicas de Administração, o direito de integrar, readmitir e aposentar os servidores vinculados à sua jurisdição e competência, em razão do lugar onde se encontravam no tempo de suas demissões” (Parecer/PGE/262/80).

III

No mérito, o pedido do ilustre requerente pode ser assim examinado:

Comprova o requerente ter sido nomeado, em 25 de janeiro de 1961, para exercer o cargo de Juiz Substituto, da 3.ª Seção Judiciária, sob a égide da Lei n.º 687, de 12 de dezembro de 1953, que em seu artigo 34 prescrevia:

“Os Juizes substitutos serão nomeados pelo prazo de quatro anos, que poderá ser renovado, pelo Poder Executivo, dentre Bacharéis em Direito, inscritos na Ordem dos Advogados, brasileiros natos, maiores de 25 anos e menores de 40 anos e que tenham pelo menos dois anos de prática forense”.

Referido dispositivo legal encontrava embasamento no artigo 124, XV da Constituição Federal de 1946 que dispunha:

Art. 124 . . .

XV — Poderão ser criados cargos de Juizes togados com investidura limitada a certo tempo e competência para julgamento das causas de pequeno valor. Esses Juizes poderão substituir os Juizes vitalícios.

Em face dos preceptivos legais citados, infere-se o *quantum satis* que o requerente teria que ser exonerado em implementando o quadriênio delimitador de sua precária investidura. É despidiendo dizer, outrossim, que uma vez nomeado precariamente por livre provimento, não poderia ter a garantia da vitaliciedade. Contudo, *data venia* da r. opinião estampada no parecer da PGE do Estado de Mato Grosso, fls. 53/57, daí não se pode inferir inexistir qualquer direito ao requerente fulcrado na Lei n.º 6.683/79,

Sucede que, aos 12 de maio de 1964, quando contava com três anos, dois meses, vinte e cinco dias de exercício no cargo de Juiz Substituto, foi o requerente demitido “por falta de pro-

bilidade no exercício de suas funções”, sendo certo que, ato contínuo, foi denunciado, para, ao depois, ser absolvido por unanimidade pelo Tribunal de Justiça, em sessão do Tribunal Pleno.

Sobreleva-se ainda que além do requerente ocupar um cargo com prazo determinado, esse cargo, atualmente inexistente, porquanto em 1971, segundo informação de fls. 65, da lavra do eminente Secretário de Justiça do Estado de Mato Grosso, foi transformado em inicial de carreira de magistrado, mediante concurso de provas. Vale dizer, torna-se impossível a reversão ao cargo pela inexistência do mesmo e, conseqüentemente, da respectiva vaga, aplicando-se aqui conhecido aforisma: “*ad impossibilia nemo tenetur*”.

Por outro lado não se pode ignorar que esta impossibilidade à reversão decorre, outrossim, do § 4.º do artigo 3.º da Lei n.º 6.683/79 ao estabelecer “que o retorno e a reversão ao serviço ativo não serão permitidos se o afastamento tiver sido motivado por improbidade do servidor”, como na hipótese que se ora nos apresenta.

Analisando a questão pelo ângulo da reversão não se vislumbra qualquer direito ao requerente. Resta saber se o mesmo tem ou não, com fundamento na legislação por ele invocada, direito à aposentadoria.

Com efeito, dispõe o art. 4.º da Lei n.º 6.683, de 28.08.79:

“Os servidores que no prazo fixado no art. 2.º, não requererem o retorno ou a reversão à atividade, ou tiverem seu pedido indeferido serão considerados aposentados, transferidos para a reserva ou reformados contando-se o tempo de afastamento do serviço ativo para efeito do cálculo de proventos de inatividade ou pensão”.

Note, primeiramente, Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral, que o legislador usou, não só no art. 4.º, como no 1.º e 2.º, da expressão servidores e não funcionários, procurando, justamente beneficiar todos aqueles que mantiveram com o Poder Público relação de Trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual, sob o vínculo de dependência, e que foram punidos com fundamento em Atos Institucionais.

Permita-nos transcrever os artigos 1.º e 2.º da Lei 6.683, de 28.08.79:

Art. 1.º — “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos *servidores* da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado)”. (grifamos)

Art. 2.º — “*Os servidores* civis e militares demitidos, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, poderão, nos 120 (cento e vinte) dias seguintes à publicação desta Lei, requerer o seu retorno ou reversão ao serviço ativo”. (grifamos)

Temos para nós que a Lei n.º 6.683 impõe duas condições: A primeira, ter sido *servidor público* no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. A segunda, *ter sido punido* com fundamento em Ato Institucional e Complementar.

Verifica-se, a toda prova, que o requerente foi servidor público no período acima referido bem como punido

com fundamento no art. 7.º, § 1.º do Ato Institucional de 09 de abril de 1964. Vale dizer, o requerente se encontra debaixo de uma situação legal imposta unilateralmente pelo Estado, que é o próprio juiz da oportunidade e extensão da anistia.

Constitui noção indubitosa em matéria de interpretação o fato de que onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir, razão por que, quer nos parecer, encontrar-se o requerente sob a égide da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, independentemente de sua investidura precária no cargo que exercia, quando de sua demissão, com fundamento em ato de exceção.

Colhe dizer, outrossim, Exmo. Sr. Procurador Geral, ser a anistia, a *lex oblivionis* dos romanos, motivada por interesse de pacificação da sociedade, através do esquecimento de atos pretéritos, que no interesse nacional devem ser olvidados, mesmo porque desaparecem. Ademais é cediço, ainda, que quando de sua concessão não se adentra o mérito dos atos praticados pelos destinatários da norma.

Dentro desta colocação compreende-se o porquê de uma interpretação sempre ampla da legislação concessiva de anistia. Calha aqui escólio de nosso maior hermeneuta, in "Hermenêutica e Aplicação de Direito", 7.º Ed. n.º 291, pág. 296, in verbis:

a) "Decretos de anistia, os de indulto, o perdão do ofendido e outros atos benéficos, embora envolvam concessões ou favores e, portanto, se enquadram na figura jurídica dos privilégios, não suportam exegese estrita. Sobretudo se não interpretam de modo que venham causar prejuízo. Assim se entende, por incumbir ao hermeneuta atribuir à regra positiva o sentido que dá eficácia maior à mesma, relativa-

mente ao motivo que a ditou, e ao fim colimado, bem como aos princípios seus e da legislação em geral". (Carlos Maximiliano)

Convém, a sabendas, citar o velho princípio de Javoleno: "O benefício outorgado pelo Imperador, que provém da sua divina indulgência, deve ter interpretação do modo mais amplo possível" (*Beneficium imperatoris quod a divina scilicet indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus*'), no D. (Liv. I, Tít. 4.º).

Estou em que nos preceitos legais que regulam a matéria, não se deixou à discricção da autoridade administrativa fazer qualquer distinção quanto à forma de investidura do servidor, para se não o considerar aposentado, contando-se o tempo de afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo de proventos da inatividade.

Em vista do exposto, s.m.j. deve o Estado de Mato Grosso do Sul formalizar a aposentadoria do requerente, porquanto o mesmo foi considerado aposentado em 28 de agosto de 1979, quando da publicação da Lei n.º 6.683, observando que o seu tempo de serviço compreende o prestado como Juiz Substituto mais o de afastamento, sendo o termo inicial deste a data da publicação do ato demissório e termo final 28.08.79, data da publicação da Lei 6.683, que não teve seus efeitos pendentes, seja de requerimento ou seja de despacho de autoridade, pelo contrário, produziu-os desde logo.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 16 de setembro de 1980.

Claudionor Miguel Abs Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

SERVIDOR EX-INTEGRANTE DA POLÍCIA MILITAR — LEI DA ANISTIA.

SERVIDOR EX-INTEGRANTE DA POLÍCIA MILITAR punido com fundamento em Ato Institucional é alcançado pela Lei da Anistia, devendo, com a impossibilidade de reverter ao cargo, ser declarado aposentado na forma do art. 4.º da Lei n.º 6.683, de 28.08.79.

I

Veio-nos o presente processo em decorrência do r. despacho de fls. 23, da lavra do eminente Secretário de Estado para Assuntos da Casa Civil, Osmar Ferreira Dutra, para exame e parecer da pretensão deduzida administrativamente por Wilson Carmo de Araújo, qualificado às fls. 04, que alegou, em síntese apertada, ter sido incluído no 1.º Batalhão da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso, em 30 de novembro de 1953, na graduação de 3.º Sargento, tendo após a realização do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar, sido declarado Aspirante-Oficial em 05.09.56, e, ato contínuo, galgado os postos de 2.º e 1.º Tenente.

Ainda à guisa de relato, alega que, em 06.08.64, fora demitido do posto de 1.º Tenente da Polícia Militar do Estado, com fundamento no § único do artigo 7.º do Ato Institucional de 09 de abril de 1964.

Com o advento da Lei n.º 6.683, de 28.08.79, regulamentada pelo Decreto n.º 84.143, de 31 de outubro de 1979, requereu, ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Mato Grosso “os benefícios a que tem direito”, malgrado não os tenha especificados.

Encaminhado o processo ao Comando da Polícia Militar, esta, através da Comissão Especial de Anistia, manifestou-se aquiescente com o parecer, de fls. 07/80, da Assessoria Jurídica, concluindo que o mesmo fosse “imediatamente encaminhado ao Governador do Estado para os devidos fins”, inobstante não os tenha declinados.

Da Governadoria do Estado de Mato Grosso o processo foi encaminhado à Procuradoria Geral daquele Estado, que, através da denodada Procuradora Arinda Cristina Sperti Ferraz Gama, opinou no sentido de que o re-

querente fosse “aposentado com base no Decreto n.º 84.143, de 31.10.79, por se tratar de uma lei de perdão, regula a situação de pessoas punidas com fundamento em Atos Institucionais e Complementares”.

Finalmente, o ínclito Secretário de Justiça Domingos Sávio Brandão de Lima, tendo em vista o fato do requerente ter exercido sempre as suas funções no território hoje pertencente ao Estado de Mato Grosso do Sul, opinou no sentido de ser incompetente o Estado de Mato Grosso para qualquer providência a respeito, sugerindo fosse enviado o processo ao Governador deste novel Estado, o que foi feito pelo Chefe do Executivo daquele Estado.

II

Exmo. Sr. Procurador Geral, quanto à competência do Estado de Mato Grosso do Sul, para apreciar o pedido, reportamo-nos ao parecer 271/80 da Procuradoria Geral do Estado, aprovado por V. Exa., cuja ementa é a seguinte:

“Lei n.º 6.683/79 — O Governador do Estado de Mato Grosso do Sul tem competência para considerar (declarar) aposentado servidor demitido sob a jurisdição do Estado de Mato Grosso. A Lei n.º 6.683/79 produziu seus efeitos desde logo. Proventos devidos desde a publicação”.

Tollitur Quaestio. “Realizado o desmembramento territorial do Estado de Mato Grosso, lógico seria que ficasse na órbita do Poder Executivo de Mato Grosso do Sul, detentor atual em seu Território, das funções típicas de Administração, o direito de integrar, readmitir e aposentar os servidores vinculados à sua jurisdição e competência, em razão do lugar onde se encontra-

vam no tempo de suas demissões” (Parecer/PGE/262/80).

Ademais, recentemente, esta Procuradoria de Assuntos Administrativos, sustentou, outrossim, o mesmo entendimento quanto a quem o legislador conferiu a quantidade de poder (competência) para apreciar requerimentos em casos quejandos (Parecer/PGE/289/80).

III

Profligando, à força aberta, premissa existente nos autos que fulcra a anistia como se perdão fosse, no mérito o pedido consubstanciado às fls. 02 pode ser assim examinado:

Prescreve o artigo 1.º da Lei n.º 6.683, de 28.08.79:

Art. 1.º — “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares”.

Não resta dúvida de que o requerente foi alcançado por este dispositivo, porquanto, como visto, era servidor do Executivo e foi punido com fundamento em Ato Institucional, únicas condições impostas pela Lei n.º 6.683.

Contudo, dispõe, ainda o § 4.º do artigo 3.º da Lei n.º 6.683/79:

“o retorno e a reversão ao serviço ativo não serão permitidos se o afastamento tiver sido motivado por improbidade do servidor”.

Inferre-se da certidão de fls. 07 que a demissão do requerente do posto de 1.º Tenente da Polícia Militar do Estado, se deu por prática de atos contrários à probidade da Administração Pública, razão por que a impossibilidade à reversão ao cargo, que anteriormente ocupava decorre da própria lei concessiva da anistia.

Por outro lado, o art. 4.º da Lei n.º 6.683, de 28.08.79, dispõe:

“Os servidores que no prazo fixado no art. 2.º, não requererem o retorno ou a reversão à atividade, ou tiverem seu pedido indeferido serão considerados aposentados, transferidos para a reserva ou reformados contando-se o tempo de afastamento do serviço ativo para efeito do cálculo do provento de inatividade ou pensão”.

Diante do preceptivo legal citado,

inferre-se que o requerente deve ser declarado aposentado, observando que o seu tempo de serviço, para efeito de cálculo de proventos, compreende 12 anos, 6 meses e 8 dias até a data de sua demissão (fls. 16) mais o de afastamento, sendo o termo inicial deste a data do ato demissório (fls. 07) e o termo final 28.08.79, data da publicação da Lei 6.683, que não teve seus efeitos pendentes, seja de requerimento ou seja de despacho de autoridade, pelo contrário, produziu-os desde logo.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 24 de setembro de 1980.

Claudionor Miguel Abss Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

PAGAMENTO DE AJUDA DE CUSTO

REINALDO ORLANDO NASCIMENTO DE ARAÚJO requer, neste processo, ajuda de custo, correspondente a um mês de vencimento, por ter integrado, como Presidente, a Comissão de Inquérito Administrativo, instituída por S. Exa. o Sr. Secretário de Estado de Fazenda, através de Resolução de 09.04.1980, publicado no D.O. n.º 318, de 14.04.80, que apurou os fatos relacionados com as irregularidades verificadas no Posto Fiscal de "Caburey", envolvendo o Guarda Fiscal João Paulo de Oliveira. Invoca o referido funcionário, como base legal para a sua pretensão, o art. 136, da Lei n.º 1.638, de 28.10.1961 (Estatuto dos Funcionários Civis do Estado de Mato Grosso), que prevê o pagamento de um mês de vencimento, a título de ajuda de custo, ao funcionário que permaneça fora da sede da repartição em objeto de serviço, por mais de 30 dias.

Submetido a parecer no âmbito da SUPEC, foi o pedido indeferido, sob o fundamento, em síntese, de que, pertencendo o requerente ao Quadro Permanente, não se lhe aplica a Lei 1.638 citada, mas sim a Lei Complementar n.º 02, de 21 de janeiro de 1980, que

não contempla a ajuda de custo pleiteada.

Pelas informações carreadas para os autos, comprova-se que o requerente, designado para integrá-la, instaurou a aludida Comissão de Inquérito Administrativo em 05 de maio de 1980, sendo certo também que, por transposição foi ele enquadrado no Quadro Permanente, conforme publicação no D.O., de 16 de maio do corrente ano.

Ao ser designado para a mencionada comissão e ao instaurá-la, o requerente pertencia ao Quadro Provisório e, portanto, sujeito às normas da Lei 1.638, de 28.10.61, mas, dado ao seu enquadramento em 16 de maio de 1980, passou a ter sua situação regulada pela Lei Complementar n.º 02, de 21.01.80, o que caracteriza o chamado conflito das leis no tempo.

A questão que se depara, portanto, é a de se saber qual a legislação aplicável ao caso.

Na aplicação da lei, é fundamental o disposto no art. 153, § 3.º, da Constituição vigente, segundo o qual "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Assim, na hipótese que se aprecia, não se aplicará a nova lei, se o direito reclamado pelo requerente se constituiu plenamente durante a tutela de Lei n.º 1.638, sob a qual ele se encontrava, dando ensanchas ao direito adquirido.

Sob essa perspectiva, extrai-se dos autos a notícia de que o requerente, tendo instalado a Comissão de Inquérito Administrativo em 5 de maio de 1980, foi colhido pelo enquadramento em 16 do mesmo mês e ano, o que significa não ter ele atingido o trintídio, previsto no artigo 136 da Lei n.º 1.638, antes que sua relação passasse a ser regulada pela nova lei.

Em assim sucedendo, parece-nos não ter se configurado o direito adquirido infenso à nova lei, porquanto direito adquirido é “aquele 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” (*in* “Novo Dicionário Jurídico Brasileiro” — José Naufel — Edição José Konfino — 1965 — Vol. II, pág. 22).

Por outro lado, a mutação do regime legal que disciplina o exercício das funções do funcionário 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 funcioná-

rio que tem com o Estado um vínculo de natureza institucional ou estatutário, no sentido de que, conforme ensina o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “o funcionário se encontra de baixo 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 às mudanças das condições de prestação de serviço de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra, de regime jurídico” (*In* “Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos” — Editora RT, pág. 10/11).

Isto posto, concluímos que o requerente, passando a ter sua situação funcional regida pelo Estatuto, consubstanciado na Lei Complementar n.º 02, de 21.01.80, antes de ter adquirido o direito previsto no art. 136 da Lei n.º 1.638, de 28.10.61, sob cuja tutela se encontrava anteriormente, não faz jus à ajuda de custo pretendida.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 10 de novembro de 1980.

Arnaldo Rodrigues
Proc. de Assuntos do Pessoal

IOSUL — REGIME JURÍDICO

Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral do Estado:

O Exmo. Sr. Auditor Geral do Estado, o ilustre Econ. Gilberto Congro Bastos, através do Of. n.º 0127/80/AGE solicita parecer desta Procuradoria sobre a legislação aplicável à empresa pública IMPRENSA OFICIAL DE MATO GROSSO DO SUL — IOSUL, em virtude de alegada indefinição de sua forma. Formula, inclusive, as seguintes indagações:

“Seriam as normas contidas na lei n.º 6.404 de 15.12.76 que dispõe sobre as sociedades por ações? Ou as elencadas no Decreto n.º 3.708 de 10.01.79 que regula a constituição de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, ou, ainda, as das seções I *usque* V — Capítulo III, Título XV, da Lei n.º 556, de 25.06.1850 (Código Comercial Brasileiro)?

Aduz mais que “Inclinamo-nos, e nisso nos leva a análise dos Estatutos daquela empresa, em vigor pelo Decreto n.º 231 de 03.09.79, em entender que se pretendeu constituí-la na forma de sociedade anônima, unipessoal (somente um sócio — o Estado de Mato Grosso do Sul), conforme faculta o artigo 251 da Lei n.º 6.404/76, lei esta a que se sujeitaria, via de consequên-

cia. Sucede, porém, que a escritura pública de sua constituição, pressuposto exigido no artigo supra citado, não foi lavrada, do que se infere pelo constante da certidão do seu arquivamento na Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul, cuja fotocópia segue em anexo. Por outro lado, ao adotar a denominação de IMPRENSA OFICIAL DE MATO GROSSO DO SUL — IOSUL, aquela empresa afastou-se completamente do ordenado pela norma cogente do *caput* do artigo 3.º da Lei das sociedades anônimas. E mais ainda, não há nos estatutos nenhuma referência quanto ao modo que seu capital se representa se por ações ou por cotas, e igualmente omite-se quanto às responsabilidades dos sócios e diretores”.

Vê-se, assim, desde logo, que o ilustre consulente entende que o IOSUL seja uma empresa pública, sob forma de sociedade anônima, apresentando, todavia, algumas anomalias em relação à estrutura desse tipo societário.

Deve-se ressaltar, de início, que tão somente o fato de existir o que se chama “empresa pública”, já denota o aparecimento no mundo jurídico de um ente com características próprias, pois, do contrário, desnecessário seria emprestar-lhe essa tipificação.

Procurando definir a natureza jurídica da empresa pública o festejado administrativista José Cretella Júnior, in "Administração Indireta Brasileira", pág. 231, diz que:

"Na hipótese da empresa pública, ou o objetivo é a prestação das atividades econômicas (Industriais e Comerciais) e, nesse caso, o regime jurídico aplicável é o de direito privado, civil e comercial, com "distorções", "desvios", "derrogações" e "exorbitâncias", em razão da presença governamental na entidade ou o objeto é a prestação de serviços públicos puros, serviços administrativos (correios e telégrafos, por exemplo), configura-se, aqui, a descentralização, e nesse caso, o regime jurídico aplicável, não obstante de direito privado, civil e comercial, é acentuadamente mais público do que o anterior, ou seja, com mais prerrogativas, mas também com mais sujeições".

E à página 248 afirma que: "O direito positivo brasileiro define a empresa pública como "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades de administração indireta, criada por lei, para desempenhar atividades de natureza empresarial que o Governo seja levado a exercer por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em Direito (Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967), definição modificada, com leves alterações para, "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de contingência ou conveniência administrati-

va, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em Direito" (Decreto n.º 900, de 29 de setembro de 1969)".

Ajunta, ademais, Celso Antônio Bandeira de Mello, in "Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta", à pág. 136/137 que:

As empresas públicas: "A despeito de se regerem pelo direito privado, não reproduzem de modo idêntico o regime de uma sociedade comum, posto que, em sendo instrumentos de ação do Estado, "administração indireta", nos termos do decreto-lei n.º 200, são atingidas por regras especiais, editadas pelo Estado, que lhes impõem uma submissão, ou controle, ou limitações específicas, inexistentes, obviamente, para a generalidade das empresas de direito privado".

E mais adiante: "Enquanto as sociedades de economia mista devem obrigatoriamente ser constituídas como sociedades anônimas, as empresas públicas podem assumir quaisquer das formas de sociedade em direito permitidas, sendo esta uma das diferenças de regime entre um e outro tipo de pessoa".

Dessa forma, claro está que as empresas públicas embora submetidas a regime de direito privado, por força de dispositivo constitucional, isto não significa que devam se amoldar inteiramente aos modelos existentes no direito mercantil, sem modificações impostas pelo interesse público.

Feitas essas considerações, releva notar então, que a IOSUL é uma empresa pública destinada à prestação de serviços públicos, aliás como não poderia deixar de ser, já que somente à União compete criar empresas públicas destinadas à prática de atos comerciais ou industriais, por importar isso em intervenção no domínio econômico.

E, na sua criação, o Estado adotou, a nosso ver, normas das sociedades por ações, sem com isso ficar inibido de editar outras de natureza administrativa, como o fizera.

Por isso, respondendo à consulta, entendemos que à espécie se aplica, quando for o caso, a Lei das sociedades por ações, não havendo necessidade de escritura pública de constituição reclamada pelo consulente, porque a empresa pública é criada por lei, seu capital é

exclusivamente governamental e a sua denominação compete ao Estado que a cria.

É o nosso parecer, s.m.j.

Campo Grande, 10 de novembro de 1980.

Leonardo Nunes da Cunha
Consultor da Procuradoria Geral
do Estado

INDENIZAÇÃO DE TRANSPORTE

Jerônimo Gimenez, Guarda Fiscal GF-III, requer, neste processo, indenização a título de transporte, decorrente de sua transferência da 7.^a para a 1.^a Delegacia Regional de Fazenda, em cumprimento da Resolução/SEF, s/n.º, de 10.03.80, fundamentando seu pedido no artigo 171 e seus parágrafos da Lei Complementar n.º 2, de 18.01.80 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado de Mato Grosso do Sul).

No processo de fls. 05, consta a informação do pagamento ao requerente da quantia de Cr\$ 32.228,00 (trinta e dois mil duzentos e vinte e oito cruzeiros), como ajuda de custo.

Conhecendo do pedido, o Sr. Secretário de Estado de Fazenda, concedeu a quantia de Cr\$ 8.057,00 (oito mil e cinqüenta e sete cruzeiros), correspondente a 25% do valor de ajuda de custo anteriormente paga, sob o fundamento do art. 138 da Lei n.º 1.638, de 28.10.61 (Estatuto dos Funcionários Cíveis do Estado de Mato Grosso).

Remetido o processo à SUPEC/SAD, o ínclito Assessor Jurídico dessa Secretaria, fazendo a distinção entre ajuda de custo e indenização de transporte do funcionário e sua família, concluiu pelo desacolhimento da pretensão.

Depreende-se do pedido e do recibo de fls. 03 que o requerente pretende receber a quantia de Cr\$ 18.000,00 (dezoito mil cruzeiros), com pagamento do transporte de sua mudança.

Ao formular seu pedido, o requerente não distinguiu a ajuda de custo da indenização de transporte de funcionário e seus familiares, decorrentes de transferência. Na verdade são hipóteses diferentes. Estão previstas na referida Lei n.º 1.638 — aplicável ao requerente por pertencer ele ao Quadro Provisório — nos arts. 131 e 138. No § 1.º do art. 131, estabelece que a ajuda de custo destina-se à compensação das despesas de viagem e de nova instalação. No art. 138, ao prever as despesas com o transporte de funcionários e sua família, deixa claro que tais despesas compreendem as passagens e bagagens. Por esta última disposição legal, entende-se, por exclusão, que os gastos com a mudança propriamente dita são cobertos com a verba da ajuda de custo prevista no § 1.º, art. 131, até o limite fixado no art. 132.

Ante a notícia dos autos de que o Requerente já recebeu ajuda de custo, no valor de Cr\$ 32.228,00 (trinta e dois mil duzentos e vinte e oito cruzei-

ros), através de Processo anterior, sob n.º 03/3119/SEF, torna-se evidente o descabimento do pedido, que, objetivando ressarcir despesas com o transporte de mudança (fls. 03), almeja verba já paga, que inclui tal finalidade.

Por outro lado, a concessão, pelo despacho de fls. 05, da quantia de Cr\$ 8.057,00 (oito mil e cinquenta e sete cruzeiros), com base no art. 138 da aludida Lei n.º 1.638, a título de transporte do funcionário e sua família, carece, "*data venia*", como assinalou o

parecer de fls. 10/11, da apresentação dos respectivos comprovantes, respeitado sempre o limite de 25% da ajuda de custo paga.

Ante tais razões, somos pelo indeferimento do pedido.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 27 de novembro de 1980.

Arnaldo Rodrigues

Procurador de Assuntos do Pessoal

**PAGAMENTO DE ADICIONAL POR QUINQUÊNIO
A SERVIDORES DA JUCEMS.**

O Sr. Luiz Carlos Iglecias, na qualidade de Presidente da Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul, faz consulta a esta Procuradoria no sentido de saber se o Sr. Vivaldi de Oliveira, servidor da referida Autarquia, faz jus ao adicional de 5% (cinco por cento) por quinquênio de serviço prestado, correspondente ao período de 01/02/73 a 01/02/78, cujo pagamento o aludido servidor pleiteia através de requerimento acostado ao ofício, com fundamento no art. 29 do Decreto n.º 389, de 17/12/79, combinado com o artigo 26 da Lei Complementar n.º 31, de 11 de outubro de 1977.

Examinando-se a questão, verifica-se que o art. 29, do invocado Decreto n.º 389, prevê, no inciso II, como integrante da remuneração do servidor, o adicional de 5% (cinco por cento) por quinquênio de efetivo exercício na Autarquia.

Por sua vez, o art. 26 da Lei Complementar n.º 31, de 11/10/77, que criou o Estado de Mato Grosso do Sul, garante a contagem de tempo de serviço dos servidores redistribuídos em relação ao Estado em que se integrarem, para todos os efeitos legais.

Confrontando-se os dois diplomas legais, constata-se que, enquanto o artigo 29 do Decreto 389 manda contar, para efeito de adicional, só o quinquênio de efetivo exercício na Autarquia, isto é, na JUCEMS, o dispositivo — art. 26, da Lei Complementar, estabelece a ininterrupção do tempo de serviço, anterior à sua vigência, para todos os efeitos legais.

É evidente que, tendo em vista a hierarquia das leis, o Decreto em referência jamais poderia subtrair do servidor público direitos assegurados pela Lei Complementar, como, no caso presente, a contagem de tempo de serviço para todos os efeitos legais.

Ante tal regra de hermenêutica, necessário é de se verificar, portanto, se, precedendo a Lei Complementar, havia, no Estado de Mato Grosso, legislação que, à semelhança da do novel Estado, estabelecesse adicional por tempo de serviço aos servidores integrantes da Junta Comercial do Estado de Mato Grosso - JUCEMAT — de modo a que, a teor do art. 26 em comento, lhes fossem garantidos os respectivos direitos.

Tal legislação inexistente, o que se comprova com o telex incluso, ex-

pedido pelo Secretário Geral da JUCEMAT, em resposta à consulta formulada pelo Secretário Geral da JUCEMS.

Assim, inexistindo legislação anterior outorgando aos servidores da JUCEMAT, hoje pertencentes a JUCEMS em consequência da divisão territorial do Estado de Mato Grosso, direitos a adicional por quinquênio de serviço, evidente se torna o descabimento da invocação do art. 26 da Lei Complementar n.º 31, que só seria aplicável, repita-se, em hipótese de direito pré-existente, o que não ocorre no

presente caso, em razão do que opinamos pelo desacolhimento da pretensão do requerente por falta de base legal, afigurando-se-nos certo que, para efeito do referido adicional, só se computará o tempo de serviço prestado à JUCEMS, nos termos do art. 29, II, do Decreto n.º 389, de 17/12/79.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 01 de dezembro de 1980.

Arnaldo Rodrigues

Procurador de Assuntos do Pessoal

Ementa: Representação de inconstitucionalidade n.º 1.062-7. Art. 341, da Lei n.º 39, de 18.12.79 (Código de Organização e Divisão Judiciárias).

Doutor Procurador Geral do Estado.

Através do ofício n.º 488/R, de 21.11.80, o Excelentíssimo Senhor Ministro Décio Miranda, do Colendo Supremo Tribunal Federal, solicita ao Exmo. Sr. Governador do Estado as necessárias informações para instruir o julgamento da representação de inconstitucionalidade n.º 1.062-7, formulada pelo Exmo. Sr. Procurador Geral da República, atendendo solicitação do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, cujas razões acompanham, por cópia, o r. ofício.

A arguição de inconstitucionalidade se dirige ao art. 341, da Lei n.º 39, de 18.12.79, que instituiu o Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado, e que dispõe, *verbis*:

“Art. 341. A partir de primeiro de janeiro de 1982, a Comarca de Dourados passará a entrância especial”.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, nas razões encaminhadas ao Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República, afirma indubitavelmente que a disposição contida no art. 341, supra transcrito, não figurou em sua proposta de alteração do Decreto-Lei n.º 31,

de 01.01.79, que editou o primeiro Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado, originando-se de emenda apresentada e aprovada pela Augusta Assembléia Legislativa.

A norma constitucional indicada para confronto e tida como violada deflui do § 5.º do art. 144, da Lei Magna, que prescreve, *in ipsa litteris*.

“Cabe privativamente ao Tribunal de Justiça propor ao Poder Legislativo a alteração da organização e da divisão judiciárias, vedadas emendas estranhas ao objeto da proposta ou que determinem aumento de despesa”.

A contradição ao texto constitucional, consoante as razões apresentadas, resulta do fato de que o mencionado art. 341, que eleva a Comarca de Dourados à categoria de entrância especial a partir de primeiro de janeiro de 1982, foi acrescido à proposta original do Tribunal de Justiça através de emenda apresentada no curso da elaboração legislativa e que, de resto, veio determinar, *verbis*:

“... alteração da organização judiciária do Estado — aliás significativa — sem proposta do Tribunal de Justiça e que implicará em aumento de despesa”. (grifos originais)

O art. 13, n.º III, da Constituição Federal, dispõe que, na respectiva organização, os Estados reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotaram, respeitando, dentre outros princípios, o do *processo legislativo*.

No lapidar conceito de NELSON DE SOUSA SAMPAIO, "quando se trata de normas que regulam a produção-criação, modificação ou revogação — de normas gerais, temos o *processo legislativo*". (in "O Processo Legislativo", Saraiva, 1968, pág. 2).

O *processo legislativo*, como bem ensina CELSO RIBEIRO BASTOS, adotando a classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA e de RAUL MACHADO HORTA para os princípios impostos à organização política estadual, é *princípio federal extensível* de cumprimento obrigatório pelos Estados (in "Curso de Direito Constitucional", Saraiva, 1979, pág. 114 e segs.).

A questão levada à douda apreciação do Excelso Pretório, via da presente representação de inconstitucionalidade, pode, "*data maxima venia*", ser resumida à determinação dos limites em que está circunscrito o poder de emenda pelo Poder Legislativo aos projetos da iniciativa privativa de outro Poder.

A máxima de que "o poder de emenda é derivado do poder de iniciativa", com foros de verdadeira no direito constitucional francês ("*le droit d'amendement est le corollaire du droit général d'initiative*"), já obteve, entre nós, reconhecimento pelo eminente Ministro *Mário Guimarães*, do Colendo S. T. F., no v. acórdão de 16.06.52 (RDA-28/56), merecendo, todavia, censura da doutrina de NELSON DE SOUSA SAMPAIO, pois, no entender do mestre baiano, o poder de iniciativa não implica na competência para apresentar emenda; ou, não dispor do poder de iniciativa e poder emendar (op. cit. pág. 142).

PRADO KELLY, na tentativa de conceituação do *poder de iniciativa* e do *poder de emenda* no processo de

elaboração legislativa, afirma que "a iniciativa não é um ato de decisão legislativa e, sim, unicamente, de impulso do trabalho de legislação; embora indispensável, apenas constitui condição preliminar de formação da lei e não parte integrante de sua adoção. A emenda, ao contrário, é um ato insofismável da "potestade legislativa", uma proposição que se opõe à principal, editando-a, modificando-a, suprimindo-lhe partes, substituindo-a parcial ou totalmente. É tão "legislativa" que o Governo, capaz de propor "projeto", não pode apresentá-la; exaure a "iniciativa" com o texto que acompanha a sua mensagem" (in "Estudos de Ciência Política", Saraiva, 1966, II, pág. 276).

Todavia, vale dizer, com CELSO RIBEIRO BASTOS, que "o processo legislativo só pode ser deflagrado por alguém constitucionalmente investido de competência, para isso, denominada *iniciativa* (in, op. loc. cit.).

A posição pretoriana estava traduzida na Súmula n.º 5, do Pretório Excelso, no sentido de que: "*a sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo*".

Porém, no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade n.º 890-GB, de 23.02.74 (RTJ-69/625), a Colenda Corte entendeu que a solução compendiada na súmula n.º 5 somente teve aplicação enquanto da vigência da Carta de 1946, estando totalmente ultrapassada pelas disposições constantes do texto de 1967, pela Emenda n.º 1/69 e, ainda, pelas alterações ulteriores.

O eminentíssimo Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, com efeito, relator do aresto que se insurgiu contra o entendimento assente na citada súmula, destacou que "o legislador constituinte, a partir do AI n.º I, quis corrigir

prática que enfraquecia e de certo modo anulava o princípio da exclusividade da iniciativa, para os projetos que criam encargos financeiros. Porque a emenda condicional a ser legitimada pela sanção, submetia o Poder Executivo a uma forma de pressão quase sempre irrisível, sobretudo se se considera o pressuposto da harmonia que deve reinar entre os Poderes do Estado”.

O ilustre magistrado arrematou a questão com a meridiana e irrefutável conclusão de que, *in verbis*,

“Quando a Constituição determina que não serão admitidas emendas, que aumentem a despesa prevista, quer dizer, certamente, que tais emendas não podem ser apresentadas, não podem ser sancionadas, não podem, enfim, ser adicionadas ao texto em elaboração”.

No mesmo sentido, afirma percutientemente NELSON DE SOUSA SAMPAIO: “o motivo para reconhecer a inconstitucionalidade de emenda desfiguradora da iniciativa exclusiva deve partir da interpretação teleológica desse instituto. Se emendas desse jaez forem toleradas, anular-se-á a finalidade da iniciativa privativa” (*in, op. loc. cit.*).

Ora, é inquestionável que o art. 341, do Código de Organização e Di-

visão Judiciárias do Estado, que eleva à categoria de entrância especial a Comarca de Dourados, a partir de 1982, resultando de emenda aditiva da proposta de modificação daquele diploma legal apresentado pelo Tribunal de Justiça à Assembléia Legislativa, constitui grave e flagrante afronta ao *princípio da exclusividade da iniciativa* do Poder Judiciário, consagrado pelo § 5.º do art. 144, da Constituição Federal, pois que despiciendas quaisquer considerações para se evidenciar que o dispositivo implica em alteração da organização judiciária do Estado, com aumento de despesa.

A sanção do Poder Executivo ao texto aprovado pelo Poder Legislativo, com visto, não elimina ou convalida o vício da inconstitucionalidade que contamina o art. 341, da Lei n.º 39, de 17.11.80.

É o parecer, s.m.j.

Campo Grande, 22 de dezembro de 1980.

Evandro Ferreira de Viana Bandeira
Procurador Judicial

VOTOS PROFERIDOS NO CRASE

N.º 01

Processo n.º 843/79

CARLOS BOBADILHA — Recorrente
VOTO PROFERIDO EM PEDIDO DE VISTA

CLAUDIONOR MIGUEL ABSS DUARTE — Conselheiro representante da Procuradoria Geral do Estado no Conselho de Recursos Administrativos dos Servidores do Estado (CRASE).

ASSUNTO:

ARTIGO 185 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL: BENEFÍCIOS DA LEI FEDERAL N.º 6.226, DE 14 DE JULHO DE 1975

NO MÉRITO

A questão a ser decidida é exclusivamente de Direito, pois que consiste em saber se aos funcionários públicos civis da administração estadual são aplicáveis os benefícios da Lei Federal n.º 6.226 de 14 de julho de 1975, que manda contar, para concessão de aposentadoria, a funcionário da ativa, o tempo de serviço em atividade privada.

Inicialmente, permita-nos citar o art. 185 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul:

“Aos funcionários públicos civis da administração estadual direta e das autarquias estaduais são assegurados, naquilo que couber, em seus termos os benefícios da Lei Federal n.º 6.226, de 14 de julho de 1975”.

Não faremos distinção quanto aos destinatários do supra citado dispositivo, em razão de regra de hermenêutica universalmente aceita: aonde a lei

não distingue não cabe ao intérprete distinguir e, se, como, no caso, a norma constitucional se refere a funcionários públicos civis da administração estadual e das autarquias, sem se referir a funcionários deste ou daquele quadro, temos para nós, *data venia* das rr. opiniões contrárias dos cinco ilustres Conselheiros que já proferiram seus votos, que qualquer *discrimen* quanto à incidência do artigo 185 retro citado é flagrantemente inconstitucional.

Mercê disso, independentemente do quadro a que pertença, qualquer funcionário da administração estadual e das autarquias foi abrangido pelo aludido dispositivo.

Com a devida licença dos senhores Conselheiros, mesmo não sendo matéria relevante para o deslinde da questão ora em julgamento, permita-nos dizer, com fulcro especialmente em parecer da lavra do emérito Prof. José Frederico Marques, que o art. 185 da

Constituição Estadual não se nos afigura inconstitucional.

Com efeito, no exercício do Poder Constituinte originário, promulgou a Assembléa Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, a 13 de junho de 1979, a Constituição, assegurando nas disposições transitórias, aos funcionários da administração estadual direta e das autarquias estaduais, os benefícios da Lei Federal n.º 6.226, de 14 de julho de 1975.

Fez valer, ainda, a Assembléa Legislativa, sua faculdade residual do Poder Constituinte, exercida originariamente e conservada permanentemente, como tal, por ela. Faculdade que deve ser exercida em sua plenitude, sem restrições ou sujeições ao Poder Executivo, a quem a Assembléa, no ofício de constituinte, precede e é preeminente, na ordem lógica e institucional do Estado.

Ao fazer atuar este Poder, o Legislativo Sul-mato-grossense lastreou-se num dos princípios que, por ser essencial, figura no dispositivo inaugural da Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969, Carta Federal de 1967, ou seja, aquela da República Federativa.

E não só desponta esse princípio no artigo 1.º da Lei Maior, quando no § 1.º do artigo 13 e quanto na expressão restritiva do art. 200 da Constituição Federal.

Estabelece o § 1.º do art. 13:

Aos Estados são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição.

E o art. 200, *caput*, dispõe:

As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados.

Por ser de relevância ímpar, dentre

todos os que servem de estrutura às nossas normas constitucionais, deve o princípio federativo erigir-se em principal, para que não seja alcançado sequer nas revisões constitucionais.

No concernente à incorporação às Constituições dos Estados Membros, das disposições constantes do texto maior, deve-se observar o respeito a esse mesmo direito constitucional das unidades federais, contido na expressão *no que couber*, pelo que não é admitido o traslado total das disposições federais, e sim, aquela incorporação cabível, respeitada a autonomia estadual, por ser corolário do princípio da República Federativa.

Em razão disso, deve-se entender como incorporados os princípios consagrados na Carta Fundamental e não suas disposições, meramente, porque a isso se opõe:

a) a *natureza das coisas* — caso contrário, os Estados teriam, como Constituição, a da República, sem qualquer discrepância de textos, inclusive até com o próprio artigo 200; e

b) a expressão *no que couber* que vincula a sujeição do lógico.

Em seus “Comentários à Constituição Brasileira”, 2.ª ed., 1923, registrou Carlos Maximiliano:

“Não é necessário que se limitem (os Estados Membros) a copiar a lei básica da União. Basta transplantem para as respectivas Constituições os princípios consagrados nos artigos do Estatuto Federal.”

Dito isso passa o eminente constitucionalista a transcrever lição de Tucker, constante de sua obra “*The Constitution of United States*” (Vol. 1.º, pág. 354):

“A Constituição da República outorga e delega autoridade ao Governo do país: na de um Estado presumem-se delegados os poderes não excluídos por

proibição expressa ou implícita. No caso do Estatuto Federal a questão necessariamente é esta: "Foi outorgado o poder?" Pergunta-se, a respeito de um Governo local: "A faculdade ou prerrogativa de que se trata é recusada expressa ou implicitamente pela Constituição da República ou pela do Estado?"

Em um caso a falta de delegação equivale à negativa de poder; *no outro, não proibir corresponde a outorgar* (g.n.).

O citado texto da Lei Maior (o art. 200 *caput*) manda que *as disposições constantes da Constituição da República* fiquem incorporados "ao direito constitucional legislado dos Estados", *mas no que couber*. E para saber-se o que cabe dentro do Direito Constitucional dos Estados, necessário se faz examinar o que lhes não foi negado explícita ou implicitamente, *ex vi* do art. 13, § 1.º, da vigente Constituição. Em confronto com que o princípio federativo impõe e restringe, é que se deve interpretar e aplicar o mencionado art. 200, pois, do contrário, a Constituição de 1969 estaria negando-se a si própria, ou rejeitando a sistemática normativa que adotou, postulado que entendeu essencial e básico a sua própria subsistência, tanto que proibiu o poder constituinte originário de suprimi-lo.

O art. 200 não pode ser equiparado a papel carbono que transplantaria, sem modificações, às Constituições estaduais, tudo quanto foi adotado, na Constituição da República, para assim modelar a organização estadual, à imagem da federal.

Conforme bem observa o professor RAUL MACHADO HORTA, a

"autonomia constitucional do Estado-membro reclama a atividade de órgão constituinte, o qual não dispõe,

todavia, da plenitude originária do criador da Constituição Federal" ("*A Autonomia do Estado-membro do Direito Constitucional Brasileiro*", 1964, pág. 241).

O poder constituinte estadual, dentro de cada Estado-membro, é o poder supremo e originário, — muito embora tenha sobre si, como poder mais alto a que está subordinado, o *poder federal constituído* de que a Constituição da República é o instrumento — ou ato normativo que o compôs e estruturou.

As regras que vinculam o poder constituinte estadual são aquelas expressas na Constituição da República, ao dar forma constitucional à Federação, e outras que o constituinte nacional entendeu dever estatuir a fim de impô-las aos Estados.

Como lembra RAUL HORTA, o "constituinte estadual enfrenta a limitação que lhe impõe, genericamente, a observância dos princípios estabelecidos na Constituição Federal" (op. cit., pág. 243).

Mas observância de princípios não significa submissão servil a esquemas, estruturas, ou organizações plasmadas para os órgãos da União, na Constituição Federal.*

AMARO CAVALCANTI, por isso, embora acertadamente afirmasse que

"tudo quanto o *poder estadual* fizer em contrário à Constituição Federal, é nulo, ineficaz, insubsistente"

reconhecia que, no sistema federativo, o

"Estado federado deve ter a maior autonomia possível quanto à sua própria organização e funcionamento",

o que significa que

"a constituição política do Estado federado deve ser a obra exclusiva do próprio povo, que o habita, e vindo

desta fonte, a sua autoridade é suprema dentro da sua esfera”

Ante o que foi exposto, infere-se que à Assembléia Constituinte, é perfeitamente admissível e legítimo, que confira ao funcionalismo público garantias ou vantagens através de normas ou preceitos constitucionais, — tal como aconteceu com a promulgação pelo povo sul-mato-grossense da constituição, onde ficou assegurado o benefício previsto no artigo 185.

Ao demais, estabelece o art. 101, III, da Constituição Federal que o funcionário será aposentado, e voluntariamente, após trinta e cinco anos de SERVIÇO, nada mais diz. Não esclarece a norma de que maneira a contagem deve ser feita para a apuração do tempo de serviço prestado.

Em razão disso, abertas estão às Assembléias Estaduais, quer por intermédio do poder constituinte originário, quer através do derivado, as oportunidades para tratar da matéria.

Vem a talho trazer à colação comento do jurista Teófilo Cavalcanti Filho, no sentido de que o Texto Básico não previu a forma, a maneira de computar, para os efeitos regulares o tempo em si mesmo, deixando à competência das unidades administrativas a matéria.

Entende ser incontornável o respeito ao mínimo assegurado pelo artigo 101, III da Carta Federal, o que não impede aos Estados conferir ao tempo que compõe esse mínimo exigido efeitos especiais.

Em artigo de sua lavra, publicado no jornal “Folha de São Paulo”, de 20.11.77 (pág. 79), assim se manifestou o referido professor.

“Tornou-se exatamente por isso princípio assentado, entre os nossos juristas e Tribunais, sem excluir o pró-

prio Supremo Tribunal Federal, que nada impede que os Estados e os Municípios dêem qualificação de serviço público a períodos de atividades de caráter particular. É o que ocorreu, entre nós, com a Lei 6.898, de 1962, que mandou contar, como serviço público, o período de ensino a estabelecimentos particulares. Também outra lei mandou computar como de serviço público o tempo de exercício da advocacia para os que ingressassem nos Tribunais pelo quinto constitucional. Jamais se teve dúvida quanto à validade dessas normas, no plano judiciário. Também, por identidades de razões, nunca despertou contestação a faculdade, que aos Estados e Municípios é reconhecida, de computar períodos de serviços em dobro, e não apenas singelamente. Nós mesmos possuímos, em nosso Estado, leis assim estabelecendo, e a própria Constituição Federal determina sejam considerados certos tipos de atividade como duplicados. Parece, portanto, que nenhum óbice existe, quanto a poder ou Estado adotar critério próprio, específico, para qualificar certo e determinado tempo de serviço.

Não se diga que isso é aceitável apenas tendo em consideração a natureza do serviço prestado, como já se chegou a insinuar. Conta-se em dobro o período de férias não gozadas, desde que a lei o permita, ou o tempo de licença-prêmio, resultaria daí, porventura, uma inadmissível redução do tempo mínimo de aposentadoria? Parece que não. *O tempo mínimo continua o mesmo.* Apenas, a forma de contar certas parcelas de serviço prestado é que varia, de acordo com critérios específicos adotados por cada unidade”, (“Folha de São Paulo”, de 20.11.1977, pag. 79)”.

Nos casos dos autos, tudo está a indicar que a pretensão deduzida pelo

recorrente reúne, no momento, condições de ser acolhida, em se considerando a inexistência ainda de pronunciamento judicial sobre a constitucionalidade do art. 185 da Constituição Estadual, que, aliás, segundo o modesto entender deste Conselheiro, não se mostra manifestamente inconstitucional”.

Ora, é doutrina consagrada a de que “a inconstitucionalidade não se presume” (Black — *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws* — 1911 — § 41; WILLOUGHBY — *the Constitutional Law* — 1910 — p. 15). Aliás, mesmo na *dúvida* — que, segundo nos parece, não ocorre no caso — se deve resolver em favor da constitucionalidade (Black — *Op. cit.* § 16; *Cooley Constitucional Limitations* — 1903 — p. 254; MAXIMILIANO “Comentários à Constituição Brasileira” — 4.^a edição — 1948 — I, pág. 197).

Nem se diga, vez que não seria curial, que uma questão orçamentária pudesse limitar a ação de poder constituinte, fazendo com que este se colocasse em posição hierárquica inferior à dos poderes constituídos, vez que pelo art. 185 da C. Est. o aumento de despesa é consequência e não objeto específico da norma, que procurou estabelecer garantia geral de ordem financeira aos servidores públicos.

Na verdade a condição expressa no § 1.^o, do Art. 76 da Lei Complementar n.^o 02, de 18.01.1980, não se coaduna com a Constituição Estadual, porquanto esta assegurou a contagem de tempo de serviço prestado pelo funcionário à atividade privada indepen-

dentemente de qualquer condição ou termo.

Pensamos mesmo, que sequer há necessidade de ser firmado convênio com o INPS para que a Constituição Estadual venha a ser aplicada, de imediato, aos funcionários do Estado. O convênio só é necessário quando o funcionário, valendo-se da mesma lei, queira contar o tempo de serviço público para aposentar-se em atividade privada. A hipótese contrária dispensa o convênio, uma vez que os cofres estaduais é que irão arcar com a despesa decorrente da contagem preconizada pela Constituição.

Com efeito, na relação entre servidor e Estado à Administração, ainda que por via legal, não é dado manipular ou por qualquer modo viciar os direitos assegurados, por via constitucional, aos funcionários. Até porque, se atuar deste modo estará se desconstruindo com sua real finalidade e perseguindo interesses secundários incompatíveis com os interesses públicos primários, fixados originariamente pela Constituição.

Em vista do exposto, e considerando que o recorrente é funcionário público, dou provimento ao recurso para que seja averbado o tempo de serviço, para fins de aposentadoria, prestado a empresa privada.

É como voto.

Campo Grande, 24.04.80.

Claudionor Miguel Abss Duarte
Proc. de Assuntos Administrativos

PROCESSO N.º 592/80

RECURSO N.º 008/80

ASSUNTO:

ABONO PROVISÓRIO DE NATUREZA COMPENSATÓRIA

A recorrente ROSA MELKE AMARAL PENTEADO, tendo sido aposentada por Ato Governamental de 07.11.79, alega que em virtude do mesmo, seus proventos de aposentadoria foram reduzidos, tendo em vista a subtração, inexplicável, dos aumentos concedidos, em forma de abonos, durante o exercício de 1979.

À vista do ocorrido requer o pagamento das diferenças referentes aos meses de dezembro/79, janeiro e fevereiro de 1980. É o que se depreende da prefacial de fls. 02.

Não resta dúvida de que o abono provisório foi concedido aos servidores do Quadro Provisório, como se deflui do Art. 1.º do Decreto-Lei n.º 67, de 27 de abril de 1979, do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 108, de 07.06.79 e do Artigo 1.º da Lei n.º 20, de 13.11.79. Não resta dúvida, outrossim, de que a recorrente foi beneficiada, quando em atividade, pela legislação citada sendo certo que vinha percebendo, até o advento de sua aposentadoria, o abono de *natureza compensatória*.

Contudo, em 07.11.79, como visto, a recorrente foi aposentada, sendo-lhe cortado o abono.

Colocada assim a matéria fática, passo a declarar o meu voto:

Examinando toda a legislação estadual referente ao abono provisório, verifica-se que ele teve *cunho compensatório*, ou seja, visou, conforme os considerados do Decreto-Lei n.º 108 a “minimizar os efeitos da desvalorização da moeda e a sua repercussão no campo social”. A própria Lei n.º 20, de 13 de dezembro de 1979, que se refere aos professores integrantes do Quadro Provisório, tem a seguinte ementa:

“concede abono provisório de *natureza compensatória* aos servidores que menciona e dá outras providências”. (grifamos)

Outra não é a ementa do Decreto-Lei n.º 67, de 27 de abril de 1979.

Infere-se, pois, que a Legislação Estadual, ao conceder o chamado abono provisório, *reconheceu ter havido desvalorização da moeda ou aumento do custo de vida*.

Isto posto, quer nos parecer, ser mister percutir se a concessão do abono provisório tem ou não caráter de aumento de vencimento, vez que o § 1.º do artigo 102 da Constituição Federal estabelece que “os proventos da inati-

vidade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade”.

Temos para nós que se a concessão do chamado abono provisório não tivesse o caráter de aumento de vencimentos, ficaria o legislador ordinário com a liberdade de majorá-los dessa maneira, — utilizando-se de abonos — em relação aos dos funcionários em atividade, “por motivo de alteração de poder aquisitivo da moeda”, sem rever concomitantemente os “proventos da inatividade”.

Ademais, como leciona o pranteado Pontes de Miranda, “a regra jurídica do art. 102, § 1.º, dirige-se aos legisladores ordinários... A aplicação aos funcionários públicos em atividade será acompanhada, sempre, de aplicação aos inativos, sobre a mesma base, se outro critério não se tomou. A revisão não implica equiparação; mas a todo aumento para os ativos há de corresponder aumento para os inativos. (C.A. Constituição de 1967, 2.ª Edição, pág. 517/518).

Diz ainda Pontes de Miranda: “desde que a lei reconhece ter havido desvalorização da moeda, ou aumento do custo de vida, e modifica os proventos dos funcionários em atividade, essa declaração pelo Poder Legislativo lhe impõe o dever de rever os proventos dos inativos” (ob. e loc. cit. pág. 521).

Registre, ainda, que o autor citado deixa claro: “os aumentos de vencimentos, sem caráter de permanência, são proventos (ob. e loc. cit. pág. 522).

Na verdade, a Constituição impõe, expressamente, que toda vez, que se modificarem os vencimentos dos servidores, em atividade, se reajustam os proventos dos inativos, desde que essa

revisão decorra, com há hipótese *sub examine*, de alteração de poder aquisitivo da moeda. Neste caso — alteração do poder aquisitivo da moeda — a revisão é obrigatória e logicamente deverá ser igual para inativos e para os servidores em atividade, já que todos sofrem igualmente e depreciação monetária.

Colhe dizer, Senhores Conselheiros, que não é a literalidade dos textos estaduais 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.

Registre-se ainda que o fato da Lei n.º 56, de 27 de março de 1980, ter equiparado, a partir da data de sua publicação, os proventos dos servidores aposentados aos vencimentos dos servidores em atividades não desautoriza esta interpretação, senão que a reforça, porquanto veio corrigir uma anomalia sem retirar o direito dos inativos de perceberem desde a data em que foram majorados os vencimentos dos servidores da ativa, malgrado venha esta majoração sob a denominação de abono, vez que a Constituição, no art. 102, § 1.º, é persuasiva: ... “se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade”.

Ademais, constitui noção cediça que não é o nome que dá natureza às coisas, mas sim a sua estrutura e natureza reais.

Em vista de todo o exposto, dou provimento ao recurso nos exatos termos do pedido, ou seja, para que sejam pagas as diferenças referentes aos meses de dezembro de 1979, janeiro e fevereiro de 1980.

É como declaro meu voto.
Campo Grande, 29.07.80.
Claudionor M. A. Duarte
Procurador do Estado

RECORRENTE: MARIA GARCIA BORGES.

ASSUNTO:

EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTO

A recorrente professora catedrática das cadeiras de Metodologia e Prática de Ensino, classe B, Nível 5, Triênio 6, requereu equiparação de seus vencimentos ao nível 6, letra F, a partir de 18.01.79, termo em que foi publicada a Lei n.º 4.052, que prescreve, em seu artigo 2.º:

“Os professores catedráticos terão seus vencimentos equiparados ao de nível 6 (seis), letra F, mesmo que permaneçam no quadro em extinção, independente de qualquer outra exigência”

Mencionado dispositivo foi o que deu nova redação ao artigo 2.º da Lei n.º 4.035, de 14 de dezembro de 1978, que prescrevia:

“Os professores catedráticos serão transpostos para o quadro de carreira de magistério público estadual para o nível 6”.

A SUPEC, através de seu denodado Superintendente, L. C. Machado Nunes, indeferiu o pedido sob o fundamento de que a legislação citada é posterior à Lei Complementar n.º 31, de 11 de outubro de 1977, e, em razão disso, “suas disposições não se aplicam ao pessoal deste novo Estado”.

Tenho para mim, Senhores Conselheiros, que a justa solução do impasse, deve ter como norte uma interpretação sistemática da Lei Complementar n.º 31, interpretação esta que, quanto à aplicação da Lei no tempo, está intimamente relacionada com preceito normativo da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Nesta linha, permita-nos citar o artigo 40 da Lei Complementar n.º 31:

“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 artigo 7.º, a substituam”.

Deveras, todas as Leis vigentes em 11 de outubro de 1977, continuaram em vigor no novo Estado. As leis invocadas pela recorrente são posteriores. Contudo, *data venia*, daí não se pode inferir que elas não têm aplicabilidade em Mato Grosso do Sul.

Com efeito, o povo sul-mato-grossense em 13 de junho de 1979, pela sua Assembléia Constituinte, deixou asserido no artigo 174 da Constituição do Estado:

“Continua em vigor no Estado, no que couber, a legislação do Estado de Mato Grosso, anterior a 1.º de janeiro de 1979, enquanto não revogada ou alterada, explícita ou implicitamente pelo Estado de Mato Grosso do Sul”.

O legislador constituinte foi persuasivo: “... anterior a 1.º de janeiro de 1979...”

Vê-se, claramente, que, de um lado, temos a Lei Complementar n.º 31 dispondo no sentido de vigor no Estado de Mato Grosso do Sul todas as Leis promulgadas até 11 de outubro de 1977 pelo Estado de Mato Grosso e, de outro, temos a Constituição prescrevendo continuar em vigor, no que couber, a legislação do Estado de Mato Grosso, anterior a 1.º de janeiro de 1979. É intuitivo que o legislador constituinte estadual, através do art. 174, quis evidenciar que continuam em vigor as leis promulgadas por Mato Grosso, após 11 de outubro de 1977, pois que anteriormente a esta data a Lei Complementar já havia assegurado a vigência.

Louvável o pragmatismo e caráter didático da norma constitucional, pois que não se compreende como poderiam ficar as relações de Administração, por um certo período, ao desabrigo de qualquer incidência legislativa.

Porém, as normas tomadas isoladamente não são senão conjunto de informações, razão por que ao aplicá-las, devemos inter-relacioná-las. E assim procedendo, para a solução deste caso, temos que o artigo 25 da mesma Lei Complementar n.º 31, estabelece:

“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”.

E o artigo 3.º, § 5.º da Lei Complementar citada no bojo do artigo 25 supra, dispõe:

“A partir da data de encaminhamento, ao Congresso Nacional, da mensagem relativa à Lei Complementar a que se refere este artigo e até a criação do novo Estado, é vedado, aos Estados que lhe derem origem, admitir pessoal ou alterar as disposições legais que o regem...”

Posto isto, mister se faz verificar se a legislação invocada pela recorrente alterou ou não disposição legal que regia a matéria à data da promulgação da Lei Complementar n.º 31.

A legislação vigente à data da promulgação da Lei Complementar n.º 31 de 11 de outubro de 1977, no que se refere à situação legal dos professores, era a Lei n.º 3.601 de 16.12.74, que no artigo 198 e §§ regulava a transposição dos ocupantes dos cargos em extinção para as classes A, B, e C do Quadro de Carreira, desde que observadas as condições estabelecidas nos incisos I, II e III do citado artigo em seu § 1.º.

Percebe-se, pois, que esta situação legal foi alterada pela legislação invocada pela recorrente, quer pelo art. 2.º da Lei n.º 4.035, de 14 de dezembro de 1978, que transpôs os professores catedráticos diretamente para o nível 6, sem observar a classe, quer pelo art. 2.º da Lei n.º 4.052, de 18 de janeiro de 1979, que equiparou seus vencimentos ao de nível 6, letra F, o que não poderia acontecer tendo em vista o disposto no art. 25 da L. C. n.º 31, que coartou qualquer possibilidade quanto à alteração da legislação referente ao pessoal.

Após essas considerações singelas e aligeiradas depreende-se que a legislação em que se funda a recorrente não tem suporte jurídico, já que emanada sem obediência à hierarquia prevista no

artigo 46 da C. F., que ao tratar do Processo Legislativo colocou as leis ordinárias abaixo das complementares à Constituição.

Nego, conseqüentemente, provimento ao recurso, por falta de amparo legal válido.

É o voto.

Campo Grande, 28 de agosto de 1980.

Claudionor M. A. Duarte
Procurador do Estado

NOTAS

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

A PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, em convênio com as Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso (FUCMT) realizou, na Faculdade de Direito de Campo Grande, "Curso de Direito Administrativo" a nível de aproveitamento, que contou com a participação de ilustres e renomados lentes de São Paulo e Rio de Janeiro, como os Professores Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Emília Alcântara, Adilson Abreu Dallari, Sérgio Ferraz, Michel Temer, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e o eminente jurista argentino José Roberto Dromi, da Universidade de Mendoza.

O curso foi ministrado a cerca de setenta advogados, compreendendo o

período de 09.05.80 a 07.06.80, com êxito, sob a coordenação dos Profs. Claudionor Miguel Abss Duarte e Leonardo Nunes da Cunha, ambos professores da FUCMT e Procuradores do Estado de Mato Grosso do Sul.

Dando início à sessão de abertura, falou o Procurador Geral do Estado, Dr. Nelson Trad, ressaltando a importância do curso para a administração direta e indireta do Estado. Na mesma ocasião, a Procuradoria Geral do Estado ofereceu a mestres e alunos um exemplar da edição inaugural da "Revista da Procuradoria Geral do Estado", havendo seu redator-chefe, José Couto Vieira Pontes, proferido palavras alusivas ao acontecimento editorial.

PALAVRAS PROFERIDAS PELO DR. CLAUDIONOR M. A. DUARTE DURANTE O CURSO DE APERFEIÇOAMENTO EM DIREITO ADMINISTRATIVO, EM FACE DO PASSAMENTO DO EMINENTE PROF. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO

Meus colegas,

Há momentos em que a pobre filosofia humana se detém impotente para definir os mistérios da vida, em que as palavras perdem a substância semântica indispensável à fluidez dos pensamentos.

Vivemos um desses instantes agora, em que o Onipotente acaba de convocar para a Sua Mansão o mestre incomparável, o cidadão digno e honrado, onímido probo e correto pai de família, intérprete fecundo da ciência que fez o esplendor de Roma, o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Na saudade e na emoção do evento, emerge a figura heráldica de quem perlustrou, com tanto garbo intelectual, a cátedra, a bibliografia jurídica, a judicatura estadual, a Reitoria, restando-lhe tempo, ainda, para os gorjeios afetivos do lar, que soube formar e honrar, de que é demonstração, dentre seus penates, a primorosa cultura e a retidão de caráter de seu filho, Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, também pro-

fessor da PUC, que nos brinda, neste curso, com os fulgores de sua sabença.

Aqui fala seu ex-aluno da P.U.C.. Sei quanto me custa abordar este tema, tão comovente para quem sempre admirou o mestre amigo e dedicado.

Falo em meu nome e no dos meus colegas deste curso, externando aos familiares do querido pranteado, especialmente ao Prof. Celso Antônio, não as convencionais condolências que se desgastam pelo uso morigerado, mas a certeza varonil de que o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello encontrou repouso nas mãos de Deus, para usar aqui expressão de Santo Agostinho, eis que pesam, nessa hora suprema, os méritos e as virtudes que sempre lhe exornaram o porte, a evidenciar as palavras sábias de Sócrates: "Nada de mau pode acontecer a um homem bom e justo tanto na vida quanto na morte", porque, dizemos, o túmulo dos homens bons que morrem é o coração dos vivos.

Campo Grande, 23 de maio de 1980.

PALAVRAS DE ESTÍMULO

Registramos e agradecemos as manifestações de apreço e os encômios que nos foram dirigidos, em 1980, quando da edição inaugural da "Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul", por:

1 — Governador Marcelo Miranda Soares.

2 — Senador Pedro Pedrossian.

3 — Senador Antônio Mendes Canale.

4 — Senador Rachid Saldanha Derzi.

5 — Desembargador Jesus de Oliveira Sobrinho, do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

6 — G. A. de Lima Torres — Ministro Vice-Presidente do Superior Tribunal Militar.

7 — General José Fragomeni, ministro do Superior Tribunal Militar.

8 — Dr. Jorge Alberto Romeiro — Ministro do Superior Tribunal Militar.

9 — Dr. Gualter Godinho — Ministro do Superior Tribunal Militar.

10 — Dr. Jacy Guimarães Pinheiro — Ministro do Superior Tribunal Militar.

11 — Júlio de Sá Bierrenbach — Almirante de Esquadra, Ministro do Superior Tribunal Militar.

12 — Dr. Milton Menezes da Costa Filho — Procurador Geral da Justiça Militar.

13 — Dr. Ivan Ordine Righi, Procurador Geral do Estado do Paraná.

14 — Dr. Arthur Cláudio Mello — Procurador Geral do Estado do Pará.

15 — Dr. João Carlos Kurtz — Procurador Geral do Estado de Santa Catarina.

16 — Dr. Francisco Fernandes de Mello — Procurador Geral do Acre.

17 — Dr. Luciano Benévolo de Andrade — Coordenador dos Serviços Jurídicos Diversos da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, Brasília - DF.

18 — Dr. Pedro Leonel Pinto de Carvalho — Procurador Geral do Estado do Maranhão.

19 — Dr. Antônio Hans — Procurador Geral do Estado de Mato Grosso.

20 — Dr. Decil de Sá Abreu — Procurador Geral do Estado de Goiás.

21 — Biblioteca da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

22 — Biblioteca Central da Universidade Federal de Goiás.

23 — Dr. Aleixo Paraguassu Netto, Juiz de Direito da Comarca de Dourados — MS.

24 — Dr. José de Holanda Carneiro — Juiz Auditor da 9.^a Região Militar.

25 — Dr. João Antônio de Oliveira Martins — Corregedor Geral do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

26 — Conselheiro Hélio Peluffo, do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul.

27 — Conselheiro Horácio Cerzósimo de Souza, do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

28 — Conselheiro Alcídio Pimentel, do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul.

29 — Waldir dos Santos Pereira — Secretário de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul.

30 — Cel. P. M. Joacyr Sebastião Silva, chefe da Casa Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

31 — Dr. Olavo Villela de Andrade — Secretário de Infra-Estrutura Regional e Urbana de Mato Grosso do Sul.

32 — Dr. Juvêncio César da Fonseca — Secretário de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul.

33 — Dr. João Olegário Figueiredo — Sub-Chefe da Casa Civil de Mato Grosso do Sul.

34 — José Roberto Dromi — Mendoza — Argentina.

35 — Professor Dr. Agustin A. Gordillo — Buenos Aires — Argentina.

36 — Mary Ellis Khaler, Field Director Library of Congress Office, Washington, D.C., U.S.A.

37 — Prof. Nelson de Souza Pinheiro, Delegado do IBGE do Estado de Mato Grosso.

38 — Itsume Murakami, Diretora Geral da Secretaria do Tribunal de Justiça de MS.

39 — Hilda de Oliveira Lima — Diretora da Biblioteca Central da Universidade Federal do Estado de Mato Grosso do Sul.

41 — Ana Baldacin Verde Selva — Diretora da Biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

42 — Dr. Ernesto Borges — do Instituto dos Advogados Brasileiros.

43 — Deputado Federal Ruben Figueiró.

44 — “Correio do Estado”.

45 — “Diário da Serra”.

46 — “Jornal da Manhã”.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
DOCTRINA	9
Responsabilidade Pública: Presupuesto del Derecho Subjetivo — José Roberto Dromi	11
A Prévia Declaração de Zona Prioritária como Pressuposto Constitucional Para a Desapropriação por Interesse Social para Fins de Reforma Agrária — Evandro Ferreira de Vianna Bandeira	24
Centralização e Federação — Celso Bastos	27
O Direito Administrativo das Empresas Governamentais Brasileiras — Sérgio de Andréa Ferreira	32
O Controle das Empresas Estatais — Sérgio Ferraz	56
Técnico e Legislação — Enfoques — Sérgio Martins Sobrinho	68
INFORMAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA	99
Processo N.º 82/80 — Mandado de Segurança	101
Processo N.º 162/80 — Mandado de Segurança	105
Mandado de Segurança	108
Mandado de Segurança	113
Mandado de Segurança	116
Mandado de Segurança	119
PARECERES	121
N.º 210/80 — Termo Aditivo de Retificação do Contrato de Prestação de Serviços n.º 79.100.0390	123
N.º 212/80 — Licença para tratamento de saúde face ao Adicional por Tempo de Serviço	125
N.º 213/80 — Veto a Projeto de Lei	127
N.º 215/79 — Alteração da Denominação de Próprio Estadual	130
N.º 217/80 — Conceito de encargos a que alude a Lei Complementar e a Constituição do Estado	132
N.º 219/80 — Fundação Instituto de Desenvolvimento de Mato Grosso do Sul — IDESUL	134
N.º 220/80 — Pagamento de Diferença de vencimentos, invocada a Lei Complementar, n.º 31, de 11/10/77	136
N.º 230/80 — Projeto de lei que dispõe sobre o Conselho de Justificação da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul	138
N.º 231/80 — Projeto de lei que dispõe sobre promoções na Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul	140
N.º 242/80 — Doação. Inexecução de encargo	141
N.º 245/80 — Municípios. Delimitação. Invasão de Área do Município por outro	143

N.º 248/80	— Rescisão Contratual	146
N.º 249/80	— Reversão de Área doada ao Estado	148
N.º 262/80	— Retorno ao Cargo de Juiz. Lei n.º 6.683, de 28/08/79 (Anistia)	149
N.º 263/80	— FGTS em relação aos exercentes de cargos de Diretoria de Sociedade de Economia Mista, Empresas Públicas e Autarquias	153
N.º 264/80	— Criação do Município de Bela Vista. Prova do domínio da área do Município. Registro Inaugural e continuidade	155
N.º 267/80	— Código Tributário do Estado — Decreto-Lei n.º 3	158
N.º 270/80	— Projeto de Lei — Veto — Inconstitucionalidade	160
N.º 271/80	— Lei n.º 6.683/79 — Aposentadoria	162
N.º 272/80	— Lei n.º 6.739/79. Cancelamento de matrícula e registro de imóveis rurais	165
N.º 273/80	— Dispensa de licitação	170
N.º 275/80	— Doação pelo Estado de Mato Grosso ao Município de Anaurilândia. Lei n.º 4006, de 18/08/78. Aplicabilidade face à Lei Complementar n.º 31, de 11/10/77	174
N.º 277/80	— Projeto de Lei — Veto — Inconstitucionalidade — Exclusão de iniciativa do Legislativo	176
N.º 278/80	— Reexame de Parecer. Lei n.º 36, de 26/11/79	177
N.º 279/80	— Consulta sobre a Viabilidade de se dispensar a Prestação da Garantia por parte de Licitantes, na modalidade de caução	179
N.º 281/80	— Denominação pelo Estado de Rodovia Federal	181
N.º 285/80	— Imóvel doado ao Estado de Mato Grosso do Sul e devidamente registrado em Cartório competente. Validade ERGA OMNES	182
N.º 286/80	— Parcelamento do Solo Urbano (Lei n.º 6.766, de 19/12/79). Competência do Estado para exame e anuência prévia para aprovação de loteamento	184
N.º 289/80	— Aplicação da Lei da Anistia a Servidor que exercia função pública delimitada no tempo	186
N.º 291/80	— Servidor Ex-Integrante da Polícia Militar — Lei da Anistia	190
N.º 298/80	— Pagamento de Ajuda de Custo	193
N.º 299/80	— IOSUL — Regime Jurídico	195
N.º 303/80	— Indenização de Transporte	198
N.º 304/80	— Pagamento de Adicional por quinquênio a Servidores da JUCEMS	200
N.º 310/80	— Representação de Inconstitucionalidade n.º 1.062-7, Art. 341, da Lei n.º 39, de 18/12/79 (Código de Organização e Divisão Judiciárias)	202

VOTOS PROFERIDOS NO CRASE

N.º 01	— Artigo 185 da Constituição Federal: benefícios da Lei Federal n.º 6.226, de 14 de julho de 1975	205
N.º 02	— Abono Provisório de natureza compensatória	210
N.º 03	— Equiparação de vencimento	212

NOTAS

Curso de Direito Administrativo	217
Palavras proferidas pelo Dr. Claudionor M. A. Duarte durante o Curso de Aperfeiçoamento em Direito Administrativo, em face do passamento do eminente Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello	218
Palavras de Estimulo	219