

DIREITO E JURISPRUDÊNCIA

PARECERES

Consultor Jurídico do D.A.S.P.

Processo administrativo.

Pedido de exoneração do acusado, após cumprida a penalidade administrativa imposta, mas ainda na pendência de decisão jurisdicional, no processo criminal instaurado pelos mesmos fatos.

Suspeitando-se de inadequação da pena cominada ao ilícito administrativo praticado, impõe-se o reexame do processo.

O ato administrativo não faz coisa julgada, nem se disciplina pelo princípio da proibição do julgamento extra petita.

PARECER

I

Em processo administrativo em que se concluiu pela aplicação ao acusado da pena de suspensão por noventa dias e em que se esclarece correr, paralelamente, na Justiça, processo para apurar a responsabilidade criminal do mesmo funcionário, consulta-se este Departamento se seria possível conceder a exoneração solicitada pelo indiciado, antes da solução judicial do processo, embora após o cumprimento da penalidade administrativa imposta.

2. A Divisão do Regime Jurídico do Pessoal, opinando a respeito, tece várias considerações, para concluir que, se adequada a penalidade imposta, que já foi cumprida, nada haveria a objetar ao deferimento do pedido, em face da independência entre as instâncias administrativa e judicial. Mas, no caso, entende que, em face do que se apurou no processo administrativo, não houve correspondência entre a falta cometida e a pena cominada, pois que o dispositivo estatutário violado aconse-

lharia a pena de demissão. Daí a referida Divisão ter sugerido reexame do processo pelo Ministério interessado, a menos que se devesse considerar insuscetível de modificação a pena disciplinar já aplicada ao funcionário faltoso. Sobre a possibilidade ou não desse reexame é que se solicitou a minha audiência.

II

3. Pelo relato feito pela Divisão consulente, verifica-se, de fato, que a pena cominada ao funcionário não guarda correspondência com o que se apurou no inquérito administrativo. O reexame da matéria é, pois, de toda conveniência, nada havendo que o impeça, pois o ato administrativo, diferentemente do jurisdicional, não faz coisa julgada. A qualquer tempo pode ser revisto, sem que seja de argüir-se a *res judicata*, a que está imuno.

4. Embora o processo não tenha vindo a este Departamento para pronunciar-se sobre a adequação da pena imposta ao ilícito praticado, mas tão-somente para dizer da licitude do pedido de exoneração, na pendência de decisão jurisdicional, já cumprida a penalidade administrativa, também nenhuma censura se pode apresentar à conclusão pelo reexame do decidido, ainda que, na espécie, se trate de verdadeira decisão *ultra petita*, eis que esse princípio, de proibição consagrada no processo judicial, não tem aplicação na esfera administrativa.

5. Concorde, pois, com as conclusões da Divisão consulente, opinando pelo indeferimento do pedido de exoneração e pela reabertura do processo administrativo, a fim de que se reexaminem os fatos para acomodá-los ao ilícito realmente praticado.

É o meu parecer S.M.J.

Rio de Janeiro, 29 de dezembro de 1960.
— CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, Consultor Jurídico.

Substituto de Auditor da Justiça Militar. Legislação aplicável.

Em face do disposto no art. 2º do Decreto-lei nº 3.581, de 1941, só tem direito o substituto ao vencimento do cargo do substituído, e somente durante o seu impedimento legal.

Não há como pretender estabilidade, inaplicável a êsses substitutos, que não ocupam cargo público.

PARECER

I

O bacharel Dalmo de Godoy, 1.º Substituto do Auditor da 2ª Auditoria da 2ª Região Militar, requer estabilidade como 1.º Substituto de Auditor.

2. Alega, justificando o pedido, possuir mais de 5 anos de exercício, como substituto, no cargo de Auditor das referidas Auditoria e Região, e que se acha, por êsse efeito, amparado pelo art. 188, n.º II, da Constituição Federal. Além do mais, segundo ainda aduz, há decisão unânime do Egrégio Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança, que versava sobre pretensão análoga, e decisões administrativas, que especifica, tôdas do Exmo. Sr. Presidente da República, que deram pela estabilidade em casos absolutamente idênticos.

3. A Divisão do Regime Jurídico do Pessoal dêste Departamento, sem opinar sobre a matéria, solicita a minha audiência, inclusive para que, em atenção ao pedido da Sub-Chefia do Gabinete Civil da Presidência da República, «se estabeleça um critério definitivo, no tocante à contagem de tempo de serviço, para efeito de reconhecimento de estabilidade, com referência à classe de servidores em tela».

II

4. A substituição de ocupantes de cargos da Justiça Militar é regulada pelo Decreto-lei n.º 3.531, de 3 de setembro de 1941, alterado pelo de n.º 4.470, de 14 de julho de 1942. Por diplomas legais se verifica que não existe cargo de substituto, nem é deferido a êste outro direito ou vantagem que não o venci-

mento do cargo do substituído, e somente durante o seu impedimento legal (Decreto-lei n.º 3.581, de 1941, citado, art. 2.º).

5.º Se inexistente o cargo de substituto e se o exercício dêste só se verifica no impedimento do titular substituído, não há como pretender estabilidade, que não poderia ocorrer como substituto, pois não há o cargo, nem no cargo de substituído, que já tem titular.

6. A Constituição Federal, no seu artigo n.º 188, n.º II, assegura a estabilidade depois de 5 anos de exercício aos *funcionários efetivos* nomeados sem concurso. Não é o caso do processo, já que o requerente não é funcionário efetivo, eis que a designação (e não nomeação), nos termos do § 1.º do art. 1.º do Decreto-lei n.º 3.581, de 1941, na redação dada pelo Decreto-lei n.º 4.470, de 1942, ambos já citados, apenas se destina a evitar a paralização de exercício no impedimento dos titulares de cargos da Justiça Militar.

7. Não tenho presente o acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que apenas foi mencionado sem indicação do órgão em que foi publicado. De qualquer modo, porém, como tenho acentuado inúmeras vezes e constitui entendimento pacífico, as decisões jurisdicionais são casuísticas, só obrigando às partes em litígio.

8. Quanto aos precedentes invocados, afiguram-se-me ilegais, pois que não há como pretender estabilidade para quem não é titular de cargo de qualquer natureza, mas simples substituto, sem outro direito, nos termos do art. 2.º do Decreto-lei n.º 3.581, de 1941, senão o do vencimento do cargo do substituído, e somente durante o seu impedimento. É o caso de se tornarem sem efeito aquelas decisões, por desempanadamente ilegais, e não o de alçar precedentes espúrios à condição de verdadeiras normas jurídicas.

9. Tanto é esdrúxula a pretensão que se propõe a estabilidade, declarando-se que o requerente não ocupa vaga. Se não a ocupa é porque não é titular de cargo público e, dêsse modo, não há como deferir-se estabilidade, sem a ocorrência do seu primeiro elemento — a existência do cargo.

10. Em face do exposto, seu pelo indeferimento do pedido do suplicante, por absoluta falta de amparo legal.

É o meu parecer S.M.J.

Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1960.

— CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, Consultor jurídico.

Ingresso, por nomeação, em carreira especializada por ocupante da última classe da respectiva carreira geral. Exigência de prévia habilitação em cursos para êsse fim criados, na forma do Decreto-lei n.º 4.083, de 1942.

A posse de diploma do curso superior, ainda que do currículo dêste constem tôdas as matérias dos Cursos de Aperfeiçoamento e Especialização do que trata o citado Decreto-lei n.º 4.083, de 1942, não exige o funcionário, para ingresso na carreira especializada, da obrigatoriedade legal de realizá-los.

PARECER

I

Ocupante da última classe da carreira geral de Veterinário do Ministério da Agricultura solicita nomeação para a classe inicial da carreira especializada de Veterinário Sanitarista daquele Ministério, sem a habilitação nos Cursos de Aperfeiçoamento e Especialização criados pelo Decreto-lei n.º 1.514, de 16 de agosto de 1939, reorganizados pelo Decreto-lei n.º 4.083, de 4 de fevereiro de 1942.

2. Alega, para a dispensa da realização dêsse curso regular para ingresso dos ocupantes das carreiras gerais nas especializadas, o fato de ser diplomado em medicina, tendo já estudado, em maior profundidade, as matérias de curso de que se trata, e também a circunstância de, sendo ocupante de cargo em comissão (Diretor da Divisão de Defesa Sanitária Animal do Departamento da Produção Animal do Ministério da Agricultura), não lhe haverem permitido a matrícula naqueles Cursos de Aperfeiçoamento e Especialização.

3. Sobre o pedido opinaram a D.P. e a D.S.A. dêste Departamento, ambas concluindo pela impossibilidade da dispensa de habilitação no curso, para o ingresso, por nomeação, na carreira especializada de Veterinário Sanitarista.

II

4. Os arts. 2.º e 3.º do Decreto-lei número 4.083, de 1942, não deixam margem a dúvidas, quanto a imprescindibilidade dos cursos ali referidos para ingresso, por nomeação, dos ocupantes da classe final das carreiras

gerais nas classes iniciais das carreiras especializadas respectivas.

5. A diplomação em cursos superiores, ainda que entre as matérias do seu currículo se incluam as dos cursos de aperfeiçoamento e especialização, não dispensa a realização dêstes, pois que a lei condicionou o ingresso nas carreiras especializadas à habilitação nesses cursos regulares, onde, além do mais, como esclarece o Diretor dos Cursos, se exige especialização, ao passo que, no curso médico, se trata de formação.

6. É certo que alega o requerente não se lhe ter permitido a matrícula naqueles cursos, sob a invocação de que é ocupante do cargo em comissão. Essa recusa deve ter sido baseada no disposto no art. 5.º do mesmo Decreto-lei, assim redigido:

«Art. 5.º Os funcionários matriculados nos cursos regulares ficarão automaticamente desligados da repartição em que estiverem lotados, sendo obrigados a trinta horas semanais de aulas e trabalhos escolares.

§ 1.º Durante o período em que estiverem matriculados, ficarão os funcionários subordinados administrativamente ao diretor dos cursos.

§ 2.º Durante êsse período, não terão boletim de merecimento, vigorando para todos os efeitos o último boletim anterior à matrícula» (os grifos não são do original).

7. É que, em face dessas disposições, seria inconciliável o desligamento da repartição, ficando o requerente subordinado administrativamente ao Diretor dos Cursos, com o exercício do cargo em comissão do que é titular.

8. Trata-se, por conseguinte, de impasse criado pelo mesmo diploma legal, que não previu a hipótese de ser o funcionário efetivo, integrante da carreira geral, ocupante de cargo em comissão, quando não seria possível nem o afastamento, nem a subordinação.

9. Dêsse modo, ou se exonera do cargo em comissão, para matricular-se naqueles cursos, a fim de habilitar-se ao ingresso na carreira especializada, ou renuncia a evoluir funcionalmente em sua situação efetiva, estagnando-se na carreira geral. Nenhuma dessas soluções corresponde, ao meu parecer, ao interesse do serviço público.

10. Se não é possível, como se me afigura, dispensar a habilitação nos cursos para o ingresso na carreira especializada, é de admi-

tir, na espécie, que o suplicante freqüente o curso, com a exigência de que trata o artigo 5.º, do mencionado Decreto-lei n.º 4.083, de 1942, mediante uma conciliação de horários, facilmente realizável. Do contrário, ter-se-á violenta restrição de direito, sem qualquer vantagem para o serviço público, ou melhor, contrariamente aos seus próprios interesses.

11. A solução aventada é bem compreensível, dada a natureza excepcional da espécie, não prevista pelo legislador, obrigando o intérprete a recorrer aos princípios gerais de direito, para se não perder em perplexidade incompatível com a função social da ciência jurídica.

É o meu parecer. S.M.J.

Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 1960.
— CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, Consultor Jurídico.

Contrato de construção, mediante concorrência pública.

Culpa da firma construtora pelo inadimplemento do contrato. Rescisão dêste, na forma prevista no respectivo instrumento. Conseqüências daí decorrentes.

PARECER

I

O Ministério da Agricultura propõe, com invocação do disposto no § 3.º do art. 77 da Constituição Federal, combinado com o artigo 56 da Lei n.º 330, de 23 de setembro de 1949, registro sob reserva do Tribunal de Contas de contrato de rescisão de outro celebrado entre aquele Ministério e a Empresa de Engenharia CEIP. Ltda.

2. A decisão negatória do registro teve por fundamento o fato de já se ter exgotado o prazo de vigência do contrato anterior, cuja rescisão se pretendia.

3. Submetido o processo à apreciação dêste Departamento, por determinação do Senhor Presidente da República, solicita a D.O. a minha audiência, tendo em vista os aspectos jurídicos que a matéria envolve.

II

4. O Ministério da Agricultura celebrou com a Empresa de Engenharia CEIP. Ltda. mediante prévia concorrência pública, um contrato para a construção do pavilhão prin-

cipal e dois estúbulos e laboratórios, em proveito do Centro Pan-Americano de Febre Aftosa da Divisão de Defesa Sanitária Animal, no Estado do Rio de Janeiro.

5. O contrato foi assinado em data de 7 de maio de 1958, havendo sido registrado pelo Tribunal de Contas por resolução tomada em sessão de 8 de julho subsequente, sendo fixado o prazo para a prestação dos respectivos serviços até o dia 31 de dezembro do mesmo ano.

6. As obras se iniciaram no mês de agosto de 1958, esclarecendo-se que, já no fim do mês seguinte, ou seja em 30 de setembro, foram elas embargadas pelo engenheiro encarregado da fiscalização, sob a alegação de que a firma construtora não atendera a reclamações verbais daquela autoridade.

7. Embora a firma encarregada dos trabalhos acabasse por concordar em atender às exigências de ordem técnica da fiscalização, êsse fato acarretou grande atraso no andamento da obra, cujo prazo de ultimacão, por força do dispositivo contratual expresso, se fixara até o último dia daquele ano (31 de dezembro de 1958).

8. Acresce, ainda, a circunstância de que a firma construtora, pouco mais de um mês antes do término do contrato, apresentava o resultado de sondagens no terreno, cuja realização de terminara, verificando-se que o pavilhão principal carecia de estaqueamento de grande parte, o que não havia sido, até então, previsto.

9. Daí o se ter proposto termo aditivo ao contrato, cujo registro foi recusado pelo Egrégio Tribunal de Contas.

10. Expirado o prazo contratual, pretendeu-se a celebração de outro, rescindindo o anterior, com o que não concordou o Tribunal de Contas, negando registro, como já esclarecido.

11. Sobre o assunto opinou o Dr. Consultor Jurídico do Ministério da Agricultura, que concluiu pela rescisão, amigável ou compulsória, do contrato e posterior abertura de nova concorrência pública.

III

12. No caso dos autos, é evidente, ou a má-fé, ou, pelo menos, a culpa da firma construtora, que, ao habilitar-se à concorrência pública para a construção das obras, teria de haver procedido à sondagem do terreno, pois, uma vez vencida a concorrência e celebrado o contrato, não lhe era mais lícito inová-lo.

13. Não me parece justa, *data venia*, a censura dirigida pelo Dr. Consultor Jurídico do Ministério da Agricultura à Divisão de Obras daquela Secretaria do Estado, quando pretende que o estudo prévio do solo devia caber a esse órgão, eis que tal estudo só podia ser de responsabilidade da firma que se habilitara à concorrência pública. Se as condições do solo para a construção podiam ser diversas, como efetivamente se veio a constatar, o que não só dificultava como encarecia a obra, era providência preliminar a ser tomada por quem pretendia construir, e não pelo órgão que contratara os serviços de construção. Realizada a concorrência pública e assinado o respectivo contrato, só motivo de força maior poderia determinar a sua alteração, e as condições do solo não são motivo dessa natureza, porque perfeitamente previsível e dependente o seu conhecimento tão-só das sondagens que se fizessem. Se estas não foram feitas antes, a culpa, evidentemente, cabe à negligência em que se houve a firma construtora.

14. Do contrário, a concorrência pública pouco ou nada significaria, podendo nela ser derrotada a firma que, havendo pesquisado o solo, como o aconselharia elementar dever de prudência, apresentasse preço bem menor, embora aparentemente maior.

15. A inexecução do contrato, por conseguinte, se deveu apenas à culpa da firma construtora, não só pela paralização das obras decorrentes do embargo oferecido pelo Engenheiro Fiscal, por não atender às especificações do contrato, — como a própria empresa veio a reconhecer com a demolição de parte das obras construídas, atendendo às exigências da fiscalização, — como pela falta de sondagem prévia do terreno, o que também impediu a ultimação das obras no prazo estipulado.

16. A recusa do registro pelo Tribunal de Contas do termo aditivo ao contrato, a fim de que fôsse o preço majorado, por força do estaqueamento julgado necessário, em virtude das sondagens efetuadas quase ao findar do contrato, é de todo procedente, pois não havia como, sob tal fundamento, pretender-se alteração contratual.

17. Nem se justifica, por igual, o registro sob reserva de contrato de rescisão do anterior, dado que o fundamento denegatório do registro tem tóda pertinência, pois o prazo contratual já se extinguiu.

18. A rescisão, ao meu parecer, já se operou, pelo inadimplemento por parte da firma construtora do disposto na 33.ª condição,

alinea e, do instrumento contratual, que estabelece:

«A rescisão do contrato, com a consequente perda da caução, terá lugar de pleno direito, independentemente de ação ou interpelação judicial, quando:

.....
e) se verificar inadimplemento de qualquer das condições do contrato».

19. Ora, ultrapassado o prazo contratual com a conclusão da obra, por culpa exclusiva da firma construtora, a rescisão é a consequência prevista na cláusula transcrita no item anterior.

20. Em conclusão, entendo que, rescindido, de pleno direito, o contrato em exame, cabe tão somente à firma construtora o pagamento das obras efetivamente realizadas, devendo ser aberta nova concorrência pública para o prosseguimento da construção.

É o meu parecer. S.M.J.

Rio de Janeiro, 14 de novembro de 1960.
— CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, Consultor Jurídico.

Funcionário público investido em mandado legislativo. Impossibilidade de promoção por merecimento, enquanto durar o mandado.

Constitucionalidade do artigo 50 do Estatuto dos Funcionários, cuja expressão — «em exercício de mandato legislativo» significa — enquanto durar o mandato, na conformidade do art. 50 da Constituição Federal em que se arriou aquele preceito estatutário. Do contrário, a lei ordinária estaria restringindo uma vedação ampla da Lei Maior, quando, — aí, sim — seria fulminada por inconstitucionalidade.

O afastamento transitório do exercício do mandato, nas hipóteses contempladas na Constituição Federal, não tem o efeito de elidir a proibição do art. 50 da Lei das Leis, revestindo-se de

tôdas as características de fraude à lei, cujo conceito é bem definido na communis opinio.

PARECER

I

Indaga-se sôbre a possibilidade de promoção por merecimento de funcionário da carreira de Diplomata, eleito deputado federal na presente legislatura, na ocasião em que, com prévia licença da Câmara, estivesse no desempenho de missão diplomática de caráter transitório, ou outro afastamento do exercício do mandato, nas hipóteses previstas na Constituição Federal.

2. Há parecer contrário à promoção, da lavra do ilustre Ministro A. GONÇALVES DE OLIVEIRA, quando no exercício do cargo de Consultor-Geral da República, anexo por cópia, não se esclarecendo se houve aprovação. Em sentido inverso, isto é, sôbre a inexistência de proibição legal desse ato de provimento, além do parecer do nobre Deputado OLIVEIRA BRITTO, Presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, juntam-se dois outros pareceres, o primeiro do emérito Professor VICENTE RAO e o segundo do grande jurista Pontes de Miranda.

3. Em face das divergências suscitadas, sou chamado a opinar, por determinação do Sr. Diretor-Geral deste Departamento.

II

4. A Constituição Federal, no seu artigo 50, estabelece:

«Enquanto durar o mandato, o funcionário público ficará afastado do exercício do cargo, contando-se lhe tempo de serviço apenas para promoção por antiguidade e aposentadoria».

5. Interpretando esse dispositivo, no parecer a que se fez menção acima, o Professor VICENTE RAO entende que a preceituação Constitucional «contém, tão-sômente, uma prescrição restritiva dos efeitos da contagem de tempo e reconhece, ao mesmo tempo, o direito do funcionário investido de mandato legislativo à promoção por antiguidade». E acrescenta: *mas texto algum proíbe a sua promoção por merecimento*, só figurando semelhante proibição — é ainda o Professor VICENTE RAO que argumenta — no art. 50 do Estatuto dos Fun-

cionários Públicos Civil da União (Lei número 1.711, de 28 de outubro de 1952), que dispõe:

«Só por antiguidade poderá ser promovido o funcionário em exercício de mandato legislativo».

6. Sendo os preceitos que concernem à composição das Câmaras e que disciplinam a situação jurídica de seus membros de natureza constitucional, conclui o Professor VICENTE RAO pela inconstitucionalidade do mandamento legislativo ordinário transcrito no item precedente, que viria restringir, sem apoio constitucional, condições de investidura e de exercício dos mandatos.

7. Mas — entende ainda o conceituado jurista — mesmo que se pretenda a constitucionalidade do preceito estatutário, não há como chegar-se à impossibilidade de promoção por merecimento na hipótese de que se cogita, eis que o deputado, afastado por se achar, por exemplo, em missão diplomática de caráter transitório, não se encontra no exercício do mandato. E a restrição do Estatuto dos Funcionários só atingiria o servidor público quando *no exercício do mandato* (art. 50, supratranscrito).

8. PONTES DE MIRANDA, embora não defenda a inconstitucionalidade do art. 50 do Estatuto dos Funcionários, que considera complementação perfeitamente enquadrada no espírito do artigo de igual número da Constituição Federal, também admito a promoção por merecimento na hipótese formulada, pois o afastamento temporário do mandato, segundo e insigne mestre, reduz na não exercício deste durante a época em que poderia ocorrer a promoção.

III

9. Não nos parece, *data venia*, que a razão esteja com qualquer dos mestres citados, como procuraremos demonstrar.

10. Quando a Constituição, no art. 50, determina o afastamento do funcionário do exercício do cargo, assegurando, tão-sômente, a contagem de tempo de serviço para promoção por antiguidade e aposentadoria, deixa claro que é vedada a promoção por merecimento, ou qualquer outra vantagem não expressamente ressalvada. Não teria sentido lógico assegurar-se a contagem de tempo de serviço para promoção por antiguidade, vedando-o para efeito de promoção por merecimento, sem que se proibisse a promoção por esse critério, pois o tempo de serviço, no merecimento, é de somenos importância. O que a Constituição quis claramente impedir foi a promoção

por merecimento, coerente com o espírito que preside a tôdas as proibições da Seção I do Capítulo II, que se destinam a impossibilitar a direta influência do Executivo sobre os membros do Legislativo. Daí a constitucionalidade do art. 50 do Estatuto dos Funcionários, aliás também sustentada por PONTES DE MIRANDA, no parecer anexo. Comentando o comando jurídico inscrito no art. 50 da Constituição, assim conclui o provector jurista:

«Pode ser promovido por antiguidade, não por merecimento (Comentários à Constituição de 1946, 2ª ed., vol. II, número 16, página 257).

11. Afigura-se-me, pois, fora de dúvida a constitucionalidade do art. 50 do Estatuto dos Funcionários, eis que apenas veio explicar a proibição implícita, *a contrario sensu*, no art. 50 da Constituição Federal.

12. Examinado este ponto, vejamos se, na espécie, o art. 50 do Estatuto dos Funcionários possibilitaria a promoção por merecimento de deputado afastado temporariamente do exercício no mandato, em qualquer dos casos autorizados na Constituição Federal.

13. Ainda que o Estatuto dos Funcionários tenha sempre adotado o conceito técnico dos institutos a que se refere, não me parece que a expressão — «em exercício de mandato legislativo» possa excluir a hipótese do afastamento temporário do mandato. Entende que a expressão aí usada corresponde à *titularidade do mandato*, isto é, não poderá haver promoção por merecimento enquanto o funcionário fôr titular de mandato legislativo. Nem se poderia argumentar de outro modo, sob pena de admitir a restrição, pela lei ordinária, de proibição constitucional, que se não limita apenas à permanência no exercício do mandato, *mas se estende por tôda a sua duração* («enquanto durar o mandato» — Constituição, art. 50).

14. Do contrário, seria totalmente inócua a proibição constitucional reproduzida no preceito do Estatuto, possibilitando a mais absoluta fraude à lei.

15. Com efeito, bastaria ao Executivo, sempre que quisesse, com a conivência do interessado, fraudar o disposto no art. 50 da Constituição, cometer ao titular do mandato legislativo o desempenho de missão diplomática de caráter transitório ou a participação em congressos, conferências e missões culturais, nos termos do art. 49, para que se tornasse totalmente inoperante a proibição constitucional tão solenemente declarada.

16. Ora, a fraude à lei se caracteriza, precisamente, por expediente dessa natureza. Assim a conceitua o próprio PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, volume I, § 17, pág. 53):

«Quando o intérprete, ou o juiz, aponta o caso de fraude à lei, procede êle à *corrigenda* da inadaptação das pessoas, que burlam a lei, à vida social. Se fôsse permitido que escapassem à incidência das leis os suportes fáticos em que, por artifício, se eliminassem ou se juntassem outros elementos, estaria profundamente comprometida a função do direito. Indiretamente, seria possível fugir às leis cogentes. O interesse público, que eleva à categoria de regras jurídicas cogentes (proibitivas, impositivas) algumas delas, fletir-se-ia ante o interesse privado, que tomasse caminhos dévios: «Por aqui não posso ir; vou por ali» ou «Por aqui porém tomarei o atalho».

17. Não é outro o conceito de fraude a lei do eminente FERRARA (*Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, e único pág. 222):

«... il meccanismo della frode consiste in un' osservanza formale del dettato della legge, ed in una violazione sostanziale del suo spirito: *tantum sententiam offendit et verba reservat*. Il frodante con la combinazione di mezzi indiretti cerca raggiungere lo stesso risultato od almeno uno equivalente a quello proibito, ma poichè la legge deve intendersi non secondo il tenore letterale, ma nel suo contenuto spirituale, poichè la disposizione vuole realizzare uno scopo, e non la forma in cui quello può manifestarsi, s'intende che una razionale interpretazione del divieto debbe anche negare efficacia a quegli altri mezzi che in altra forma tendono a raggiungere quello stesso effetto».

18. ENNECCERUS, em seu monumental *Tratado de Derecho Civil*, em colaboração com KIPP e WOLFF, tradução espanhola, tomo I, volume II, § 177, II, pág. 303, igualmente, não discrepa do mesmo conceito:

«También es nulo el negocio ejecutado para burlar la prohibición (independentemente de la intención de burlarla), si la prohibición, según la voluntad del legislador, fijada por interpretación, o según el fin de la ley, querría evitar la realización del resultado práctico propuesto».

19. Seria fastidioso continuar a reproduzir conceitos sobre a fraude à lei, sem discrepância na doutrina, quando se evidencia, pela imensa autoridade dos enunciadores, a total adequação à espécie, sem que se afirme que tenha havido intenção, pois, também na *communis opinio*, o *instuitus* é irrelevante. (Cf. os autores citados, nas obras respectivas, e, especialmente, PONTES DE MIRANDA). Veja-se o seguinte excerto do nosso grande jurista:

«... se usa «fraude à lei», tem-se de abstrair da intencionalidade. Não há por onde se procurar o *instuitus*: basta a infração mesma. Toda investigação do intuito pode levar à confusão da fraude à lei com a simulação. O conceito é jurídico; a tese, jurídica. Não se inquire de motivos morais, ou de boa-fé, ao se ter de verificar se se infringiu a lei: tanto a infringe quem indiretamente a infringe quanto quem a infringe diretamente». (ob. e vol. cit., pág. 43).

20. A Constituição Federal (art. 50) e a legislação ordinária complementar (Estatuto dos Funcionários, art. 50), vedando a promoção por merecimento do funcionário investido em mandato legislativo, não toleram o expediente indireto com que se tornariam inócuos tais preceitos, fulminando-o de nulidade, pela evidente fraude à lei de que revestiria.

21. Não acolho, em conseqüências, não obstante o alto apêço em que tenho os eminentes juristas de que, *data venia*, divirjo, a opinião que esposaram, pois viria possibilitar a inocuidade de preceituação constitucional de grande alcance jurídico e transcendência moral.

É o meu parecer. S.M.J.

Rio de Janeiro, 12 de julho de 1960.
— Clencio da Silva Duarte, Consultor Jurídico.

Representação da Fazenda Nacional junto às assembleias das sociedades de que o Tesouro Nacional seja acionista. Interpretação do art. 3º, nº V, da Lei nº 2.642, de 1955. Jus cogens e jus dispositivum. Faculdade do Presidente da República de avo-

car a si a designação daquele representante, podendo esta recair em outrem que não Procurador da Fazenda Nacional.

PARECER

I

Por decreto de 13 de novembro do ano próximo passado, publicado no Diário Oficial da mesma data, à pág. 21.556, o Exmo. Senhor Presidente da República designou o Dr. José Sette Câmara Filho, Subchefe da Casa Civil, para representar a Fazenda Nacional nas assembleias gerais da Companhia Nacional de Seguro Agrícola.

2. Por ofício de 17 de dezembro último, foi comunicado ao Dr. Procurador-Geral da Fazenda Nacional que o Sr. Ministro da Fazenda resolvera fazer-se representar, na Assembleia Geral Extraordinária convocada para o dia 18 do mesmo mês, pela mencionada Companhia, por elemento daquele órgão a ser designado pelo respectivo Procurador-Geral (fls. 3).

3. Em comunicação dirigida ao titular daquela pasta, estranha o Dr. Procurador Geral a designação do Exmo. Sr. Presidente da República, por julgar que a mesma infringe o disposto no art. 3.º da Lei n.º 2.642, de 9 de novembro de 1955, que teria dado competência privativa àquela Procuradoria, para representações dessa natureza, pelo que solicita a referida autoridade «as providências necessárias, a fim de que seja revogado o mencionado decreto presidencial de 13-11-56 (fls. 2).

4. Pela Exposição de Motivos de fls. 4 e 5, concorda o Sr. Ministro da Fazenda com as ponderações daquela autoridade, para concluir:

«Consoante põe em resalto, todavia, o expediente da referida Procuradoria, o ato do Executivo, *data venia*, não se ampara na letra expressa da lei, convindo que, para efeito das assembleias futuras, a serem realizadas por aquela entidade, prevaleçam, doravante, apenas as designações com assento no diploma legal citado».

5. Submetido o processo à apreciação deste Departamento, houve por bem o Senhor Diretor-Geral determinar minha audiência a respeito.

II

6. A matéria não é nova, já havendo eu tido oportunidade de sobre ela opinar, em parecer emitido no processo n.º 3.164-56, em representação formulada pelo Dr. Procurador Geral da Fazenda Nacional, Substituto.

7. Naquela oportunidade, assim me manifestei:

«Dispõe o art. 3.º, n.º V, da Lei número 2.642, de 1955, citada:

«Art. 3.º. São atribuições do Procurador Geral da Fazenda Nacional:

V. Representar a Fazenda Nacional, quando designado pelo Ministro da Fazenda, nas assembléias das sociedades de que o Tesouro Nacional seja acionista, com a faculdade de delegar esta competência a Procuradores da Fazenda Nacional».

Como se vê do dispositivo transcrito, nêle se não conferiu ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional a prerrogativa, *erga omnes*, de representar a União junto as sociedades ali enumeradas. Trata-se de uma *faculdade*, dependente de certa condição, para tornar-se efetiva. A norma jurídica, estatuinto — «quando designado pelo Ministro da Fazenda», deixa claro que, aí, não há *jus cogens*, mas *jus dispositivum*, isto é, a norma não há que ser rigorosamente observada, coagindo as vontades que nela se teriam de manifestar para a sua incidência, mas torna livre essa manifestação, que, incorrendo, dispensa as partes interessados do cumprimento do comando.

8. É certo que, feita a designação pelo Sr. Ministro da Fazenda, nos termos do art. 3.º, n.º V, da citada Lei n.º 2.642, de 1955, vincula-se na pessoa designada, a competência para representar a Fazenda Nacional nas assembléias das sociedades ali mencionadas. Mas, na espécie, antes de exercer o titular daquela Secretaria de Estado a faculdade que a lei lhe conferiu, o Exm.º Senhor Presidente da República, em ato publi-

cado no Diário Oficial da União, com a antecedência de mais de um mês, resolveu fazer a designação de que se trata.

9. O procedimento é inatacável e exurge das próprias prerrogativas presidenciais, que não se chocam com o dispositivo citado, pois, como salientei em outra oportunidade (trecho transcrito no item 7), a norma de que se trata tem força apenas dispositiva, não coagindo, necessariamente, as vontades que dela teriam de participar. Veja-se, a propósitos, mais os seguintes excertos do parecer citado, que peço vênha para transcrever:

«Embora não disponha expressamente o direito positivo vigente, no sentido da competência do Presidente da República para essa designação, ressalta, à evidência, que, na qualidade de supremo mandatário do país, essa faculdade é inerente ao exercício de suas altas funções, podendo dela lançar mão quando lhe pareça conveniente, salvo se norma cogente a isso impedisse. Inexistindo esta, nenhum vício macula o ato impugnado.

Sou, assim, pela improcedência, *data vênha*, da representação formulada, que me parece não ter atentado para a natureza da norma jurídica em que se baseou, que não confere atribuição privativa, mas, apenas, possibilita um exercício, dependente de designação do Ministro da Fazenda, não excluindo todavia a faculdade do Presidente da República de avocar a si a prerrogativa de designar o representante da Fazenda Nacional junto às assembléias daquelas sociedades».

10. Pelos mesmos fundamentos opino pelo não conhecimento da representação ora manifestada, que não oferece, ao meu entender, condições de prosperar.

É o meu parecer. S.M.J.

Rio de Janeiro, 16 de janeiro de 1957.
— CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, Consultor Jurídico.