FUNCIONARIO PÚBLICO — PENA DISCIPLINAR — SUSPENSÃO PREVENTIVA — AUTARQUIA

— A suspensão disciplinar se distingue da preventiva; esta é medida discricionária que se funda no poder hierárquico e não depende de prévia audiência do funcionário.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Rubens Ayres de Aguirre *versus* Superintendente do Serviço Funerário do Município de São Paulo
Agravo de petição n.º 52.589 — Relator: Sr. Desembargador CARMO PINTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 52.589, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo *ex officio*, sendo agravantes e recìprocamente agravados Rubens Ayres de Aguirre e Superintendente do Serviço Funerário do Município de São Paulo: Acordam, em Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada, por votação unânime, dar provimento aos recursos oficial e voluntário do Serviço Funerário do Município de São Paulo para cassar a segurança, havido como prejudicado o recurso do impetrante.

Custas na forma da lei.

1. Trata-se de mandado de segurança em que o impetrante, Procurador do Serviço Funerário do Município de São Paulo, se insurge contra a sua suspensão preventiva por noventa dias por ato do Superintendente daquela autarquia, que inquina de ilegal por vício de incompetência.

Alega que a competência do impetrado deve respeitar a legislação em vigor (Lei nº 5.562, de 1958, art. 15, *c* e que segundo dispõe o art. 253 do Decreto-Lei nº 13.030, de 1942, cabe ao Prefeito a supensão preventiva superior a trinta dias e até noventa, como deflui do art. 233, n. I.

A segurança foi concedida em primeira instância, com recurso oficial, por entender o magistrado que, embora fôsse o impetrado competente para impor a supensão em causa, não fôra o impetrante prèviamente ouvido, sacrificando-se o seu direito de defesa.

Agravaram, inconformados, o impetrado e a autarquia: aquêle para obter a devolução de quantias descontadas de seus vencimentos e verba advocatícia; e a última para pleitear a reforma da sentença e denegação da segurança.

2. É admissível mandado de segurança contra ato disciplinar "quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial" (Lei nº 1.533, de 1951, art. 5º, n. III).

O impetrante estriba a impetração em alegação de incompetência do Superintendente do Serviço Funerário do Município de São Paulo, para suspendê-lo liminarmente por noventa dias, se bem que alegue, ainda, a falta de solução de recursos administrativos que interpôs.

A falta de solução dos recursos administrativos nada tem a ver com a legalidade ou não do ato impugnado, atacado pelo pedido de segurança. Donde não aponta o impetrante outro vício no ato impugnado senão o de incompetência da autoridade que o praticou. A inobservância de qualquer formalidade essencial para a sua emanação não é por êle suscitada.

O ilustre julgador de primeira instância, todavia, desprezando o argüido vício de incompetência concedeu a segurança por fundamento não invocado pelo impetrante, qual o de que não fôra prèviamente ouvido sôbre a falta que

lhe é atribuída, com o que ficou sacrificado o seu direito de defesa.

Equivocou-se o magistrado, como mostra o bem lançado parecer do ilustre Procurador da Justiça, J. Netto Armando. É que confunde suspensão preventiva, medida provisória e discricionária, e suspensão definitiva, penalidade. Só esta, como pena, poderia reclamar a audiência prévia do servidor, não aquela, cuja finalidade é a de afastar desde logo o funcionário "do meio em que trabalho para que não possa influir na apuração da falta disciplinar cometida" (Themístocles Cavalcanti, *Direito e Processo Disciplinar*, pág. 209). Contreiras de Carvalho adverte: "Como a prisão administrativa, também não é a suspensão preventiva penalidade. O afastamento do servidor não se reveste de qualquer caráter punitivo" (*Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado*, 2ª ed., vol. II, pág. 206).

Não se trata de originalidade nossa. Na França, observa Laubadère, em caso de falta grave *"le fonctionnaire peut être immédiatement suspendeu en attendant que l'instruction disciplinaire soit achevée"*, cumprindo assinalar *"quil ne s'agit pas lá d'une sanction disciplinaire mais d'une mesure administrative destinée à éviter de laisser em place un agent sur lequel plane une suspicion"* (*Traite de Droit Administratif*, pág. 690, nº 1.371).

Waline, após considerar a lentidão do procedimento disciplinar para casos em que não se deveria tolerar a permanênca do servidor, um dia que seja, a mais, em suas funções, vê aí a razão de ser da suspensão provisória, que não se confunde com a pena de suspensão temporária: *"C'est pourquoi la loi donne l'administration le pouvoir de prononcer avant toute autre procédure, la suspension immédiate du fonctionnaire"* (*Traité de Droit Administratif*, 8ª ed., pág. 810, ns. 1.435 e 1.436).

Trata-se de medida discricionária e não disciplinar, que causará no máximo um prejuízo moral ao agente irregularmente suspenso. "Mais — proclama Gerard Lupi — *c'est un risque peu grave, et qui en tout cas ne saurait être éliminé, car inseparable de l'action administrative qui dans de domaine est discrétionnaire"* (*Les Positions du Fonctionnaire*, pág. 199).

Outra não é a orientação do Direito italiano, como elucidam Guido Landi-Giuseppe Potenza dizendo que *"la sospensione cautelare, como dice lo stesso nome, è un provvendimento precauzionale. Essa ha lo scopo d'allontanare dal servizio l'impiegato, a carico del quale sussistano gravi elementi di responsabilità penale o disciplinare, in attesa che su di essi intervenga la pronuncia definitiva dell'autorità giudiziaria o dell'organo disciplinare"*. E não tem a natureza de sanção disciplinar (*Manuale di Diritto Amministrativo*, pág. 418, nº 12).

Assim, também, na América do Norte: *"La suspension des agents n'est pas soumise à des procédures particulières. Elle permet aux chefs de service d'eloigner rapidement et provisoirement les individus faisant l'object de pousuites disciplinaires ou penales"* (Gerard Conac, *La fonction publique aux États-Unis*, pág. 133).

A suspensão preventiva não é, pois, uma medida disciplinar, mas uma manifestação do poder hierárquico. E o interêsse da distinção não é puramente teórico, assinala Gérard Lupi *"Vue sous cet angle, la suspension peut être prononcée discrétionnairement par le chef de service, sans que les garanties édictées par la loi... aient besoin d'être respectées"* (Ob. cit., págs. 196/197).

O nosso Direito, como se viu, distingue expressamente as duas medidas — a suspensão preventiva e a disciplinar. Os estatutos dos servidores públicos federais, estaduais e municipais contêm disciplina própria para cada uma delas.

Aliás, em acórdão dêste tribunal, da lavra do eminente Juiz Pedro Augusto do Amaral, já se deixou claro que o Decreto-Lei nº 13.030, de 1942, confere à suspensão uma feição dupla: ora constitui pena, caso em que se impõe a de-

fesa prévia do servidor e ora representa mera providência preventiva, hipótese em que aquela audiência não tem lugar (*Revista dos Tribunais*, vol. 246/465).

Disso resulta que não se impunha a audiência prévia do impetrante para a sua suspensão preventiva, como entreviu a sentença. Nem mesmo o impetrante chegou a imputar semelhante vício formal ao ato impugnado.

3. Resta, assim, examinar a suscitada incompetência do Superintendente do Serviço Funerário para a imposição da suspensão questionada.

Sustenta-se que o estatuto dos funcionários dos municípios do Estado confere ao Prefeito competência para suspensão superior a trinta dias (Decreto-Lei nº 13.030, de 1942, art. 233, n. I), dispondo o art. 253 que "o Prefeito poderá suspender preventivamente o funcionário até noventa dias, desde que o seu afastamento seja necessário para a averiguação das faltas cometidas". E como a Lei nº 5.562, de 1958, estatuiu que compete ao Superintendente do Serviço Funerário "admitir, punir, promover e demitir o pessoal, respeitada a legislação em vigor", conclui o impetrante que, aplicando-se o Decreto-Lei nº 13.030, não tem o impetrado competência para dominar suspensão superior a trinta dias.

Nesse particular bem andou o juiz ao assinalar que inexiste conflito entre os preceitos de lei invocados, uns criando a autarquia e dando competência ao seu Superintendente para punir os seus servidores, e outros graduando os limites de aplicação das penalidades. E errôneo seria entender-se que sòmente o Prefeito poderia aplicar suspensões preventivas superiores a trinta dias, aos servidores da autarquia, pois se pode o superintendente demitir o servidor da autarquia com mais razão pode suspender provisòriamente, dentro dos limites legais de trinta a noventa dias.

Mais do que êsse argumento, pesa o de que o Serviço Funerário, instituído em autarquia municipal, passou a desfrutar, com a personalidade jurídica que lhe foi conferida (Lei nº 5.562, de 13 de novembro de 1958, art. 1º), de larga margem de autonomia, própria à sua personificação e descentralização.

Essa autonomia se patenteia no exame dos podêres de ação conferidos à autarquia e que se acham distribuídos entre o Superintendente e o Conselho Diretor, com recurso dos atos daquele para êste (art. 52).

Se assim é, fica a interferência do Prefeito situada no plano de uma longínqua e indireta fiscalização, dentro da chamada tutela administrativa.

Uma das conseqüências da criação da autarquia é a cessação do contrôle hierárquico, que é substituído pela chamada tutela administrativa (Maspetiol et Laroque, *La Tutelle Administrative*, ed. 1930).

A personificação autárquica gera uma autonomia incompativel com o poder hierárquico. O contrário seria negar a própria razão que presidiu a criação das autarquias, que foi a de atender à necessidade de descentralizar, dando ao órgão personalizado podêres de auto-administração. Seria querer os fins sem querer os meios para a sua consecução.

E o afastamento do Serviço em questão da órbita hierárquica se evidencia na regra de que o seu funcionalismo "não integrará os quadros da Prefeitura, embora sujeitando-se às leis que regem o quadro de servidores do Município" (Lei nº 5.562, de 1958, art. 42).

Não compondo o quadro dos servidores municipais, refogem à hierarquia a que êstes se subordinam, como conseqüência da autonomia autárquica que não sofreu nesse particular qualquer restrição da lei que criou.

Quando se prescreve que os servidores da autarquia, embora não integrem os quadros da Prefeitura, se sujeitam às lei que regem os servidores municipais, o que se quis dizer, òbviamente, é que teriam êles nessas leis a sua dis-

ciplina. Não se transferiu qualquer função administrativa imediata ao prefeito, como seria a da suspensão preventiva por tempo superior a trinta dias. A autonomia resultante da descentralização e personificação do serviço não toleraria o contra-senso de fazer depender semelhante providência — de interêsse administrativo imediato — do chefe do Município, distanciado da administração da autarquia.

A transformação do serviço em autarquia, implicou *ipso facto* na falta de competência do Prefeito para a suspensão preventiva, competência essa ligada ao seu poder hierárquico sôbre os serviços burocráticos do Município e que deixou de existir, substituindo-se pela tutela administrativa, em relação ao Serviço Funerário, com a sua instituição em autarquia.

Aliás, se compete por lei ao Superintendente do Serviço Funerário "admitir, punir, promover e demitir o pessoal, respeitada a legislação em vigor", é de se ter como necessàriamente incluída na sua competência a faculdade de suspender preventivamente, até o limite legal de noventa dias, para fins de instauração de processo punitivo.

Não padece, em suma, o ato impugnado do vício que se lhe aponta, pelo que são providos, sem discrepância de votos, os recursos de ofício e voluntário da autarquia para a cassação da segurança, havido como prejudicado o recurso do impetrante.

São Paulo, 8 de agôsto de 1962 — *Ferreira de Oliveira*, pres. com voto — *Carmo Pinto*, relator — *Medeiros Júnior*.