FUNCIONARIO PÚBLICO — GRATIFICAÇÃO — LEI — REGULAMENTAÇÃO — ABUSO DO PODER — MANDADO DE SEGURANÇA

— O ato de baixar regulamentos para a fiel execução das leis encerra uma obrigação institucional.

— Constitui abuso de poder a omissão de regulamentar a lei dentro do prazo nela marcado.

PARECER

I

Lei do Estado do Rio Grande do Sul, n.º 2.825, de 31 de dezembro de 1955, concedeu gratificação adicional aos funcionários estaduais que exercessem funções insalubres. Com base nessa lei, o consulente, médico leprologista dos quadros da Secretaria de Estado dos Negócios da Saúde, requereu e obteve dita gratificação que ficou incorporada aos seus vencimentos.

Posteriormente, nova lei foi sancionada pelo Executivo confirmativa do direito à gratificação de insalubridade, qual a de n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965. Mas, o pagamento da gratificação foi interrompido a partir daí, pelo Govêrno do Estado, sob o fundamento de que dita lei dependia de regulamentação do Poder Executivo.

Decorridos três anos, não veio a lume o Decreto Regulamentar, mau grado o prazo improrrogável de 90 dias consignados para isso na lei (parágrafo único, do art. 45), e apesar dos requerimentos administrativos do interessado, ainda sem solução pelo Govêrno. Que fazer, indaga o consulente?

II

Antes de mais nada, e com base em informações do consulente, convém ressaltar que a lei anterior, de n.º 2.825, de 1955, era auto-executável, isto é, continha, ao lado das disposições de caráter substancial, as normas práticas de reconhecimento, na esfera administrativa, do direito à gratificação, tanto que o consulente estava em pleno gôzo da vantagem ao sobrevir a nova lei.

Êste nôvo diploma legal, ao invés de repetir a orientação do anterior, preferiu atribuir ao Poder Executivo o encargo de, em prazo *improrrogável,* decretar as regras de requerimento para a *fiel* execução de seus mandamentos.

Mas, o certo é que as normas práticas de requerimento e obtenção da vantagem já existiam na conformidade da lei anterior e de aplicação inquestionada pela Administração.

III

O primeiro problema a abordar é o seguinte: pode uma lei ficar *indefinidamente* sem eficácia por falta de regulamentação do Executivo?

O Legislativo não elabora uma lei por desfastio. Nem por desfastio a sanciona o Executivo. Tôda lei visa a um *fim* de ordem pública ou de interêsse geral que, pela qualificação do Poder que a editou, órgão do Estado encarregado da tarefa específica da feitura das leis, passa a ser *fim querido* pelo Estado. A lei elaborada pelo Estado é um comando, é uma ordem indiscutível, e, se o Estado pretende ser Estado de direito, é comando contra êle próprio.

IV

No processo de aplicação concreta do comando legislativo, o Poder Executivo, que já participou da feitura da lei por meio da sanção, pode ser chamado outra vez a colaborar através do ato de *regulamentar* o preceito. A essa altura assume maior responsabilidade a participação do órgão na realização do direito. Já não se trata mais do líbito de sancionar o projeto de lei, mas da *obrigação institucional* que lhe é *exclusiva* (art. 83, inciso II, da Constituição Federal), como órgão ìnsitamente *executivo,* de cumprir e fazer cumprir a lei já elaborada.

V

Não nos deixemos enganar pelas aparências ou pelas palavras. O ato de baixar regulamentos para *a fiel execução* das leis encerra uma *obrigação institucional,* por isso que *exclusiva* e determinada pela Lei Maior.

Fôra o *poder regulamentar* discricionário ou arbitrário, as leis quando dependentes de regulamentação só seriam aplicadas se e quando o Executivo quisesse... E então já não estaríamos no Estado de direito, mas diante do Poder de fato despótico. Os valôres ético-sociais que exsurgem da lei conduzem a fazer o *poder* de regulamentar redundar em *obrigação* de regulamentar.

VI

Que poderá alegar o Govêrno do Estado do Rio Grande do Sul, no plano jurídico-moral, em justificativa da não-regulamentação da lei que, obedecendo à orientação legislativa universal, outorga vantagem pecuniária em recompensa ao perigo do trabalho insalubre? Vantagem que êle mesmo antes concedeu, lei por êle mesmo antes sancionada, impossível se torna desculpar a omissão perseverante do Govêrno. A lei lhe marcou 90 dias *improrrogáveis* para o ato de regulamentação. Mil e cem dias são decorridos! Lei é lei, e não poderá haver motivos, por mais conspícuos, para o seu não-cumprimento pela autoridade (*Dirceu Borges, Arquivo Forense,* vol. 28, 1951, p. 209, Recife; Min. *João José de Queiroz,* no acórdão do Tribunal Federal de Recursos, de 21-1-52, *in Diário da Justiça,* de 18-7-52, p. 2.710, do apenso ao n.º 139). A inércia gratuita e desarrazoada em regulamentar a lei, além de ferir frontalmente a própria lei

que impôs sua regulamentação em prazo certo e fatal, está causando prejuízo ao consulente. Não é sòmente negando por ato comissivo a vantagem da gratificação por serviço insalubre que o Govêrno do Estado prejudica o funcionário; prejudica-o também quando omite-se da prática de ato que lhe é constitucionalmente *obrigatório* e do qual depende a efetivação da vantagem. Isso sem necessidade ao menos de apuração de culpa, sabido que a responsabilidade da Administração é de natureza objetiva no sistema do nosso direito constitucional (art. 105, da Constituição federal).

"Não só quando eu silencio com a intenção de prejudicar a outrem — diz Popesco-Ramniceano — mas também quando o meu silêncio resulta ùnicamente de imperícia minha, *ou da maneira incorreta de usar do meu direito,* num e noutro caso cometo um abuso e devo reparar o dano causado" (Le silence créateur d'obligations et l'abus de droit, *in Revue de droit civil,* 1930, p. 1.006).

Mesmo que o *poder* (na realidade, uma *obrigação*) de regulamentar fôsse discricionário ou não-vinculado a têrmo, mesmo assim a demora excessiva em exercitá-lo, contrariando o *fim* visado pela lei, configuraria um *abuso de direito* ou um *abuso de poder*.

"Abusa-se de um direito — escreve Porcherat quando, ficando em seus limites, visa-se um fim diferente daquele que o legislador teve em vista,"

pensamento que *Josserand* considerou justo e correto, pois, também a seu ver, o ato abusivo é o ato contrário ao fim da instituição, ao seu espírito, à sua finalidade (*De l'esprit de droit et leur relativité,* n.º 268).

Amaro Cavalcanti já advertia percucientemente que a lesão a direito se pode verificar também *por atos legais* (grifos nossos) (*Responsabilidade civil do Estado,* p. 281), ao que aduziu *Castro Nunes* que, "se patente a oposição entre a finalidade objetivada em concreto e a finalidade legal do ato, indevida terá sido a aplicação da lei, e, portanto, ilegal o ato (*Do mandado de segurança,* p. 133, edição de 1937). O Professor *Alfredo Valladão* confirma o entendimento: "O exercício do direito também constitui uma injúria sempre que êle se pratique com abuso manifesto" (O abuso do direito, *in Revista dos Tribunais,* volume 334, p. 22).

Focalizando o caso específico da função regulamentar, *Carlos Maximiliano,* ao desenhar os limites dessa função, proclamava ser defeso ao Executivo "suspender ou *adiar* (grifo nosso) a execução da lei", salvo se por esta autorizado explìcitamente (*Comentários à Constituição Brasileira,* 3.ª edição, Pôrto Alegre, 1929, n.º 342, p. 542-543), lição que estava em harmonia com a opinião do velho *Pimenta Bueno,* para quem, cometia *grave abuso* o Poder Executivo que *anulasse* (grifo nosso) direitos (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império,* Rio, 1857, § 26, p. 237). O mestre *Pontes de Miranda* ensina que permitir-se ao Poder Executivo *adiar* a execução da lei é *delegar podêres* contra a norma constitucional que a proíbe (*Comentários à Constituição de 1946,* vol. II, p. 138, nota 21, letra *c,* edição de *Henrique Cahen*).

VII

Parece, assim, evidenciado que a negativa do Govêrno do Estado do Rio Grande do Sul em, decorridos mais de 3 anos, regulamentar a lei concessiva da gratificação por trabalho insalubre, afrontando o prazo *improrrogável* de 90 dias que lhe for marcado pela própria lei, dá em resultado *adiar* indefinidamente sua execução (*Carlos Maximiliano*), e, conseqüentemente, *anular* direitos por ela criados (*Pimenta Bueno*), configurando-se em revogação da lei pelo Executivo (delegação de podêres) (*Pontes de Miranda*), típico *abuso de autoridade* ou *abuso de poder*.

VIII

Como proceder judiciàriamente, visto sem resultado o apêlo às vias administrativas? — pergunta o interessado.

O mandado de segurança é a medida adequada, outorgada especialmente aos que sofrem *abuso de poder* (§ 21, do art. 150, da Constituição federal; art. 1.º, da Lei federal 1.533, de 31-12-1951).

Irrelevante o decurso dos 3 anos da data em que findou-se o prazo improrrogável para a regulamentação. Em matéria de segurança não corre prazo para a impetração em se tratando de abstenção ou omissão do ato de autoridade (acórdão do Tribunal Federal de Recursos, de 6-8-62, *in Diário da Justiça,* de 7-8-62, p. 2.100, do apenso ao *Diário Oficial* da União; *Castro Nunes, Do mandado de segurança,* p. 261, edição de

1937, citando acórdão do Supremo Tribunal Federal, relator o Ministro *Carlos Maximiliano*).

IX

O problema que pode se verificar, na hipótese, está no plano da legitimação para a causa. Saber se o consulente, só por ser médico leprologista do Estado, tem direito *líquido e certo* à gratificação instituída pela Lei n.º 4.937, de 1965, independentemente da regulamentação sonegada pelo Governador.

As circunstâncias e os antecedentes ajudam a enfrentar êsse problema. Se a lei em referência contém em si mesma os elementos substanciais do direito à gratificação, quais sejam a referência à função de médico leprologista e ao percentual da gratificação; e se o funcionário pode provar que exerce dita função e apontar o valor dos seus vencimentos (e certidões não poderão ser negadas); e mais, se o Estado havia reconhecido a insalubridade de suas funções e o direito à gratificação correspondente, tanto que a pagou até a sobrevinda da lei nova reafirmativa da anterior — então nos parece que a *legitimatio ad causam* ressalta à evidência. Vem a propósito o ensinamento do Prof. *Francisco Campos*: "quando a lei contém uma ordem concreta às autoridades públicas, de cujo concurso depende o exercício de uma atividade individual, *o que ela visa é tornar-se desde logo executória, sem necessidade de qualquer ato administrativo destinado a especializar ao caso concreto a norma geral que enuncia* (grifos nossos), (*in Revista Forense*, volume 155, p. 77).

X

Por fim, no que diz respeito à idéia de que o funcionário não pode recorrer ao Poder Judiciário antes de esgotar as vias administrativas, abstraída a orientação jurisprudencial e doutrinal em contrário (acórdão do Tribunal de Alçada, de São Paulo, *in Revista dos Tribunais*, vol. 131, p. 537; do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in Revista dos Tribunais*, vol. 194, p. 786; do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in Revista Forense*, vol. 147, p. 335; do Tribunal Federal de Recursos, *in Revista dos Tribunais*, vol. 208, p. 639; *Enéias Ferreira da Silva, in Revista de Jurisprudência Brasileira*, vol. 96, p. 154), vale redarguir que, não proferida decisão administrativa no prazo improrrogável de 30 dias, previsto nos Estatutos dos Funcionários Públicos (parágrafo único, do art. 166, da Lei federal número 1.711, de 28-10-52, repetido nos Estatutos dos funcionários públicos dos Estados), presume-se que houve *indeferimento* ao pedido, abrindo ao funcionário a via judicial para fazer valer sua pretensão (acórdão do Tribunal de Justiça da Guanabara (antigo Distrito Federal) de 26-12-49, *in Diário da Justiça*, apenso ao n.º 15, do *Diário Oficial* da União de 18-1-1951, p. 153).

Sub censura.

Homero Freire, Advogado em Recife.