

correspondentes ao período de ausência, a título de compensação de despesa de alimentação e pousada.”

O dispositivo do Estatuto local é calcado no artigo 135 do Estatuto Federal, com redação quase idêntica, salvo uma ou duas palavras que não lhe modificam, porém, o sentido que é o mesmo.

A nós parece, *data venia*, ao contrário do afirmado a fls. 20 do processo, que as diárias concedidas não estão vinculadas a efetiva realização de despesas com alimentação e pousada.

Em outras palavras, não constituem indenização dos gastos feitos pelo funcionário em serviço fora do Estado e tão só pagos mediante exibição dos comprovantes das despesas efetuadas.

Não é este o verdadeiro sentido do artigo 162 supra transcrito que, ao invés de usar o termo preciso e retributivo “indenização” — de caso pensado e não por acidente ou acaso — deixou estampada a expressão genérica e ampla “a título de compensação”, desligada da idéia de reposição do numerário, na realidade e no caso concreto antecipado ao Estado pelo servidor.

Trata-se, pois, de um verdadeiro pagamento “à porfait”, isto é presume despesas necessárias e inevitáveis a serem feitas pelo funcionário em serviço fora de sua sede.

Em apoio do que dissemos vem a pelo citar J. GUIMARÃES MENEZES GALE que, em *O Estatuto dos Funcionários*, ed. Forense, 1962, vol. I, pág. 381, ao examinar a natureza das diárias diz:

“Considerada, no entanto, a modalidade das despesas e sobretudo atendendo a que a diária tem de ser adiantada ao servidor que sai em viagem, não teria cabimento a exigência de prestação de contas ou apresentação de comprovantes.”

E completa o seu pensamento a págs. 381 *in fine* e 382:

“Regressando à sede, ficará o servidor na obrigação de devolver, dentro em 15 dias, as diárias recebidas em excesso; frize-se, no entanto, que o excesso se refere aos dias a menos do total calculado ou previsto para o desempenho da missão, pois o servidor não tem — como já acentuamos — de prestar contas do emprego das Diárias.”

Tanto é verdade que, assim não fosse, perderia todo sentido o artigo 163 *in verbis*:

“Art. 163 — O arbitramento das diárias consultará a natureza, o local e as condições do serviço.”

Ora, não se arbitra antes ou depois despesa que seria indenizada pela exibição de comprovantes... Arbitramento é fixação de valor exato e *pressupõe* dados pré-conhecidos pelo arbitrador e não mera verificação de despesas e consequente pagamento *a posteriori*.

A rigor, as diárias deveriam ser pagas por antecipação ao servidor, dentro de tabela previamente arbitrada, em atendimento à determinação contida no artigo 163 supra transcrito.

No âmbito federal, como se viu, é assim feito posto ter sido regulamentada a concessão de diárias por vários decretos onde se estabelece o mínimo em que poderão ser fixadas pela autoridade competente — na União o chefe da repartição em que está lotado o funcionário — *ex-vi* da parte final do art. 136 da Lei n.º 1.711 de 28-10-52.

No Estado o art. 163 não diz quem poderá arbitrar a diária, não tendo sido baixado qualquer regulamento geral sobre a matéria.

Desse modo, na falta de arbitramento tem-se indenizado ao funcionário as despesas comprovadas.

Na falta de uma tabela geral a Administração tem assim agido, nada havendo de ilegal em tal atitude, embora não seja esse, como se viu, o sentido do preceito estatutário.

Todavia, no caso *in concreto* existe tabela de diárias baixada pela Ordem de Serviço “E” n.º 17/SUSIPE de 18/9/70, em vigor desde 1/2/71 e que deverá ser obedecida, *independente das despesas a mais ou a menos realizadas pelo funcionário*.

É o nosso parecer,

S. M. J.

Rio de Janeiro, 23 de dezembro de 1971.

PEDRO AUGUSTO GUIMARÃES
Procurador do Estado

ESTADO DA GUANABARA. PROCURAÇÃO A AUTARQUIA FEDERAL. RECEBIMENTO DE RECURSOS DE FUNDO ESPECIAL

1. Embora a competência administrativa seja indelegável, nada impede a concessão de procuração para a prática de ato específico, como o recebimento de um pagamento, especialmente quando decorrente e vinculado a convênio entre a União e o Estado da Guanabara; que determinou a outorga de mandato (cláusula 16a).

2. Não tem merecido o necessário estudo o contrato administrativo, especialmente nas suas formas menos frequentes como o mandato e a delegação, mas entendemos, em tese, que todos os contratos de direito privado podem ser utilizados pela administração desde que inexista proibição

expressa e desde que acelebração do ato não infrinja princípio geral de direito público.

3. Conceituou-se a delegação de poderes como o fato de conferir a outrem tarefas que originariamente competiam ao delegante, tendo a doutrina e a jurisprudência admitido a delegação dentro do mesmo poder, considerando, ao contrário, de caráter excepcional e dependente de norma própria a delegação de atribuição de um poder a outro. A matéria foi objeto de numerosos estudos em direito constitucional, tendo evoluído a nossa Constituição no sentido de admitir a própria delegação legislativa quando prevista constitucionalmente (art. 6 parágrafo único e artigos 52 a 54).

4. Examinando a evolução constitucional, Bigne de Villeneuve, em excelente monografia, apontou a tendência existente no direito contemporâneo no sentido de se rever o velho princípio da separação dos poderes (*Bigne de Villeneuve, La fin du Principe de la Séparation des Pouvoirs*). Por sua vez, a doutrina nacional, analisando a Constituição Federal vigente, pôde concluir que:

“De tudo isso se verifica, a contento, que não existe uma separação absoluta e estanque de poderes.” (PINTO FERREIRA, *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, S. Paulo, Revista dos Tribunais, 5.^a edição, 1971, pág. 130).

Já anteriormente, os estudiosos admitiam que “a proibição absoluta das delegações legislativas não consulta melhor os interesses da boa condução dos negócios públicos.” (VICTOR NUNES LEAL, *Problemas de direito público*, Rio, Forense, 1960, pág. 93).

5. No campo das relações entre a União e os Estados nada impede as delegações que têm sido objeto de numerosos convênios em que o mandato pode ser uma das condições da execução dos fins comuns. Como bem saliente MÁRIO MASAGÃO, pela delegação o Estado incumbe alguma pessoa física ou jurídica de exercer atribuições especiais, conferindo-lhe, ao mesmo tempo, os poderes para isso necessários. Desvencilha-se assim a administração pública de uma parte de sua tarefa, que passa a ser exercida pelo colaborador. (MÁRIO MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, 3.^a edição, s. data, São Paulo, Max Limonad, pág. 103, n.º 186).

6. A tendência do nosso direito público no sentido de maior cooperação entre as entidades estaduais e federais tem sido salientada pelos estudiosos de ciência política e pelos juristas.

Assim ainda em 1955, CARLOS MEDEIROS SILVA observava que:

“..... se verifica que a absorção da administração estadual e municipal pela União, é notória e incontestável e que ela se vem operando com a solicitação e pleno assentimento dos Estados e Municípios. Esse fato, de larga repercussão na

vida nacional vai subverter, dentro em pouco, os alicerces do regime federativo.

.....
Desta exposição de opiniões e fatos resulta que a idéia federalista tal como foi concebida em 1891 é hoje um anacronismo.” (CARLOS Medeiros Silva, *Evolução do Regime Federativo*, in *Cinco Estudos*, publicação da fundação Getúlio Vargas, páginas 88 e 91).

7. Concluimos, pois, que tanto nas relações entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, como na equação existente entre a União e os Estados, o princípio tradicional da separação de poderes não mais deve ser entendido em termos rigorosos, admitindo-se como plenamente lícitas várias formas de colaboração e de auxílio mútuo entre os vários órgãos da mesma unidade e entre as várias pessoas jurídicas de direito público. Como já afirmava há algum tempo ESMEIN nos seus *Éléments de Droit Constitutionnel*, a “separação restrita ou rígida” deve ser substituída pela “separação flexível”. E, por sua vez o Constitucionalista norte-americano MUNRO na sua excelente monografia intitulada *The Government of the United States* (N. York, 1946, pág. 746) esclarece que:

“Chegou o tempo, além disso, de reexaminar a doutrina dos freios e contrapesos nos seus efeitos práticos. Durante três ou quatro gerações na América, considerava-se uma heresia política o questionar-se sobre a infalibilidade desse dogma. Ele era reverenciado como a pedra angular do edifício democrático. Eliminá-lo parecia inteiramente impossível. Seria o mesmo que tentar repelir a lei da gravitação. Hoje, porém, esta atitude está visivelmente mudada. A idéia de que o poder deve controlar o poder foi repudiada em várias cidades americanas e foi rudemente atacada nos Estados-membros como um obstáculo ao governo eficiente. *Especialmente, nos tempos de perturbação, o povo quer ação, e não deliberação*”.

8. Finalmente, cabe reconhecer que se trata, na hipótese, de uma procuração com fins específicos para praticar ato material, ou seja, receber pagamento, passada pelo Estado-membro a autarquia federal, na forma de convênio. Não há pois, na espécie, qualquer delegação de funções ou atribuições, mas, tão somente, o que a doutrina francesa denomina “*délégation de signature*” que se distingue da delegação de poderes em sentido amplo. Na delegação de assinatura, o poder que se transfere não é decisório, nem implica em transferir o centro de decisões de órgão estadual para um órgão federal, o que seria contrário à Constituição. Há, na hipótese, apenas uma transferência de função material com a atribuição a autarquia de tarefa específica prevista nos termos do convênio. Assim, o Estado não abdica de função que é sua e que continua a pertencer-lhe e

que consiste em receber um pagamento, mas transfere a função material no recebimento a autarquia na forma de convênio, no qual foram partes o Estado, a União e a própria autarquia federal.

9. ANDRÉ DE LAUBADÈRE define a delegação específica e de caráter material — *délégation de signature* — como sendo aquela que:

“Vise seulement à décharger le déléguant d'une partie de sa tâche matérielle, en lui permettant de designer une sorte de “fondé de pouvoir”...” (*Traité élémentaire de droit administratif*, 4.^a ed., Paris, Librairie, Generale de Droit et de Jurisprudence, 1967, pág. 246, n.º 436).

10. Acresce que a Procuradoria do Estado já se manifestou admitindo como lícita a vinculação da receita estadual em virtude de garantia dada a mutuante estrangeiros (V. *Revista de Direito da Procuradoria do Estado*, vol. 12, pág. 650), justificando-se a *fortiori* a concessão de mandato a autarquia federal em virtude de convênio e para a execução do mesmo.

11. Acresce que a procuração a ser dada não é irrevogável, não ensejando, pois, uma cessão de crédito disfarçada, que poderia ser considerada ilegal. Efetivamente, em vários pareceres a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional entendeu que:

“A procuração em causa própria opera a cessão de crédito e é irrevogável. As rendas não podem ser objeto de cessão”. (Parecer do Dr. FRANCISCO SÁ FILHO de 15-3-1956 publicado no *Diário Oficial* de 13-7-1956, seção I, pág. 13.302).

12. No presente caso a procuração não é condição de contrato nem está sendo dada em causa própria, de tal modo que inexistente qualquer dúvida por não haver, na hipótese, um artifício que ensejaria uma execução contra o Estado de forma diferente da constitucionalmente prevista seja na Constituição Federal (art. 117 e seus parágrafos), seja na Constituição Estadual (art. 56 e parágrafos).

13. Em virtude do que dispõem os artigos 57 e 58 do Código de Administração Financeira, a arrecadação será feita em moeda corrente do país ou em cheques em favor da Tesouraria do Estado da Guanabara, sendo, todavia, admitida a delegação de competência para a arrecadação, mediante ato do Secretário de Finanças em casos especiais e à vista de exposição motivada da Diretoria Geral do Tesouro.

ARNOLDO WALD
Procurador do Estado

FUNÇÃO GRATIFICADA. DESIGNAÇÃO DE SERVENTUÁRIO. DECRETO-LEI N.º 100, DE 1969, ART. 10

Pelo ofício de fls. 2, o ilustre Secretário de Justiça propôs a designação do Serventuário Celso Miranda Reis, Escrivão da 17.^a Vara Cível, para a função gratificada de Chefe de Circunscrição Fiscal, símbolo F-06.

Após a assinatura do ato, foi ouvido o Departamento Geral do Pessoal, que fez as seguintes ponderações:

- 1) — o designado é serventuário na Justiça *não remunerado pelos cofres públicos* (serventia não oficializada);
- 2) — o preenchimento de função gratificada, segundo o Estatuto, se faz com *funcionário*, que é aquele ocupante de cargo público remunerado pelo erário; e
- 3) — a função gratificada representa *vantagem acessória* do vencimento.

Em face das dúvidas suscitadas, decidiu o digno Secretário de Administração pedir o conselho desta Procuradoria Geral.

I

Segundo o Estatuto dos Funcionários Civis do Poder Executivo (Decreto-lei n.º 100, de 8-8-69), que nesse passo se limitou a reiterar legislação pretérita, *a função gratificada é vantagem acessória ao vencimento, e constitui encargo a ser cometido ao funcionário do Estado* (art. 10).

Da definição legal se infere que quem não detiver a condição de *funcionário estadual*, que é aquele que *ocupa cargo público e percebe vencimentos dos cofres estaduais* (art. 2.º do mesmo Estatuto), não pode exercer função gratificada, ressalva feita do pessoal contratado, *ex-vi* de exceção aberta pela própria lei (art. 246, § 3.º).

A necessidade de excepcionar-se expressamente do texto o contratado (que não ocupa cargo e recebe salário) vem reforçar o entendimento de que não poderá haver outras exceções além daquela que se quis permitir.

Registre-se mais que sequer os funcionários inativos poderão exercer funções gratificadas, mercê de proibição, também expressa, consignada no mesmo diploma estatutário (art. 12).

Essa assertiva — de que somente o *funcionário público* (e no Estado também o contratado), pode desempenhar função gratificada, está referida em parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça (Arquivos do Min. da Justiça, vol. 94, págs. 120/124), que traz à colação o magistério de CONTREIRAS DE CARVALHO (O Estatuto dos Funcionários Interpretado, vol. I, pág. 332/333) e de GUIMARÃES MENEGALE (O Estatuto dos Funcionários, vol. I, pág. 411), especialistas que apontam, naquele fato, uma das diferenças entre a função gratificada e o cargo em