

b) no mencionado item 14 não estão incluídos os Delegados Fiscais;

c) ainda que, no mencionado item 14, estivessem referidos os Inspetores Gerais Mercantis, a respectiva disposição jamais poderia ser estendida aos Delegados Fiscais pelas exatas e sobranceiras razões de ordem constitucional que estão declinadas nos dois pareceres emitidos pelo douto Procurador do Estado Pedro Paulo Cristófar, às fls. 18/22 e fls. 33/35 do Processo apenso n.º 01/07 067/72.

Em face das razões acima deduzidas, sou de opinião que os requerimentos formulados neste Processo 04/925 054/75, e nos Processos n.ºs 04/925 053/75, 04/925 055/75, 04/925 052/75, que, juntamente com outros, estão apensados ao referido Processo n.º 04/925 054/75, devem ser indeferidos.

S. M. J.

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 6 de outubro de 1976.

RICARDO CESAR PEREIRA LIRA
Procurador do Estado

Visto, de acordo

A Secretaria de Estado de Administração

Em 13-10-76

ROBERTO G. SALGADO
Subprocurador-Geral do Estado

O Ato administrativo do Juiz-Auditor de Auditoria Militar, designando provisoriamente Escrevente para função de Escrivão, não é nulo por vício de incompetência, pois não é de nomeação em cargo. O poder administrativo sobre o pessoal do cartório, atribuído por lei ao Juiz-Auditor, autoriza tal tipo de designação temporária, até o provimento efetivo do cargo.

1. O escrevente juramentado da Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio de Janeiro, FREDERICO BORGES DE MENEZES, símbolo N-3, designado pela Portaria n.º 3/74, de 20-2-74, do Exmo. Sr. Dr. Juiz-Auditor, para assumir o cargo de Escrivão da dita auditoria, requereu, a fls. 2, o percebimento de vencimentos e vantagens a que faria jus, desde a data de sua designação até 2-10-75, data de seu requerimento, no presente Processo n.º 8.085/75.

2. Sua pretensão foi denegada pela Informação n.º SAP/D-19/76, da Chefia da Seção de Processos de Serventuários (fls. 8 a 11), e admitida, pelo pronunciamento do Sr. Diretor do Departamento de Pessoal do Tribunal de Justiça, caso fosse sanada a irregularidade original de incompetência da autoridade designadora (fls. 16), mediante ser referendada tal designação.

A Diretoria Geral da Subsecretaria Administrativa igualmente opinou pelo **referendum** da designação (fls. 17/18).

E o Exmo. Sr. Desembargador Presidente do E. Tribunal de Justiça encaminhou expediente ao Exmo. Sr. Secretário de Estado de Justiça, no sentido de convalidação do ato designativo.

3. Já o Assistente da Assessoria Jurídica da Secretaria de Justiça, em Parecer n.º 130/ASJ/76, se pronunciou pelo indeferimento da pretensão, arrimando-se em que a designação em causa padeceu de nulidade, por motivo de incompetência da autoridade que baixou tal ato administrativo e por motivo de conclusão doutrinária e jurisprudencial de que dos atos administrativos nulos não promanam efeitos jurídicos (fls. 26 a 32).

Foi, então, sugerido pelo próprio parecerista aludido, pronunciamento desta Procuradoria.

4. A premissa da conclusão do parecer do ilustre Assistente citado é de que ocorreu nulidade por motivo de incompetência do Exmo. Sr. Juiz-Auditor, porquanto a única autoridade competente para nomeação no cargo em tela seria o Sr. Governador do Estado, **ex vi** do disposto no art. 157 do Cód. Org. e Div. Judiciária-RJ (Resolução n.º I, de 21-3-75 do TJ) e no art. 70, IX, da Constituição do Estado.

Tal competência, pondera o parecerista, se relaciona a provimento de vaga, e não a substituição que esta incoorreu, sendo, por isso, o único competente o Exmo. Sr. Governador do Estado.

Note-se que o dispositivo legal invocado no ato designativo (fls. 3), foi o art. 93 da Resolução n.º 1 do E. Tribunal de Justiça do então Estado da Guanabara (Cód. Org. Div. Judiciária do Estado da Guanabara).

Tal dispositivo reza:

“Art. 93 — O Juiz-Auditor e seu substituto ficam sujeitos à autoridade administrativa e disciplinar do Presidente do Tribunal de Justiça e exercerão a mesma autoridade sobre o pessoal do cartório de Auditoria.”

A normatividade de tal dispositivo, entretanto, nos parece, se referir ao regime administrativo de pessoal que não diga respeito ao provimento de cargos, mesmo porque o provimento de cargos estava cometido à competência do Governador do Estado, por força do art. 94 da aludida Resolução n.º 1.

6. O requerente alega estar exercendo a função de escrivão em substituição, e invoca o art. 156 da Resolução n.º 1, de 21-3-75, do E. Tribunal de Justiça (Cód. Org. Div. Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro), o qual repete, com pequeno acréscimo final, o art. 93 do antigo Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado da Guanabara, bem como o art. 68, I, da Lei 1.003, de 21-10-69.

Registre-se, porém, que a legislação relativa a competência do Juiz-Auditor para designar exercício de cargo em substituição (art. 68, I, da Lei 1.003, de 21-10-69 Lei de Organização Judiciária Militar), não se lhe aplica, vez que não se trata de substituição, como tem sido reiteradamente acentuado neste processo.

7. O ato do Dr. Juiz-Auditor, consubstanciado na Portaria n.º 3/74, não pode subsistir, a nosso ver, se quis designar exercício em caráter de substituição, porquanto de substituição em conceituação estritamente técnico-jurídica não se tratava, inexistindo o pressuposto necessário, para tanto, qual seja impedimento para o exercício do cargo, por parte de seu titular.

Se, portanto, o ato administrativo em debate quis prover em substituição típica e estrita é insubsistente, por nulidade decorrente da falta de verificação de elementos essenciais do ato administrativo.

No entanto, o que nos parece que quis o ato designativo em foco foi prover temporariamente, até que se efetivasse provimento efetivo (“para assumir o cargo de Escrivão, enquanto não for nomeado o respectivo titular”).

Ao que foi informado neste processo, a fls. 9, já ocorreram idênticos precedentes de provimento de cargos ou funções por portaria do Exmo. Sr. Juiz-Auditor, tendo havido convalidação mediante decretos governamentais. Também segundo se informa, a fls. 10, “pelo que ficou evidenciado nos processos anteriores mencionados, a Auditoria de Justiça Militar, dada a situação especial em que se encontra, no tocante à organização de seu Quadro de Servidores e à natureza de seus encargos — que não podem sofrer solução de continuidade — vem merecendo tratamento excepcional quanto a esse aspecto — o de manter situações funcionais *sui generis*, por absoluta necessidade e conveniência do serviço.”

No presente processo, o Exmo. Sr. Desembargador do E. Tribunal de Justiça alvitrou o encaminhamento ao Exmo. Sr. Secretário do Estado da Justiça, no sentido de ser examinada a possibilidade de ser referendada a Portaria n.º 3/74 do Exmo. Sr. Juiz-Auditor, continuando-se, assim, a praxe anterior.

8. O *punctum dolens* do problema a apreciar é se ocorreu em designação em tela, emergencial e temporária, em caráter interino, e ditado pela necessidade premente do tipo de serviço público, um vício de absoluta incompetência.

A meu ver o ato designativo em tela não está eivado de incompetência.

Não se trata de provimento efetivo em cargo vago. Se fosse isto, como entendeu o parecer de fls. 26 a 31, aí sim, ocorreria nulidade do ato administrativo.

A designação em causa, porém, não se constituiu em nomeação para cargo, mas sim em mera designação para assumir o cargo, enquanto não ocorrer a nomeação no cargo. Designação, portanto, para exercício de funções, e em caráter temporário e com termo final explicitado (até a data da nomeação), características estas que refoem ao conceito de provimento efetivo em cargo.

Tal tipo de designação, para exercício de funções de escrivão se enquadra, a meu ver, na competência de âmbito administrativo e disciplinar atribuído ao Juiz-Auditor pelo art. 93 do Código de Organização Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

O conceito de “autoridade administrativa” constitui, a meu ver, o poder administrativo de dirigir e comandar o pessoal em exercício no cartório, com vistas ao expedito funcionamento dos serviços cartoriais, adotando, por isso, as determinações e volições necessárias a tanto. E entre estes comandos e volições se enquadra, com adequada tipicidade, o ato de designação de responder por determinado expediente de cartório, até que um poder administrativo hierarquicamente mais alto e forte efetive o provimento substancial no cargo cago, atuando, então, na própria constituição substancial do

quadro do pessoal e não só no plano do mero exercício de funções. Formulo, assim, uma distinção em relação aos cargos públicos, a qual entendo não viola o princípio filosófico de "entia non sunt multiplicanda", distinção esta consistente em colocar em planos diversos a criação e o provimento dos cargos públicos e a ordem do próprio exercício dos cargos públicos, na sua existencialidade ou **in actu exercitu**, sendo o poder e o comando do primeiro plano, por constituir essências, atribuído a uma autoridade mais alta, e o segundo, por se inserir na pauta das contingências da existencialidade, eminentemente mutações proteiformes, atribuído a uma autoridade mais baixa, mas imediatamente ligada e ciente das injunções emanadas das mutações existenciais.

9. Levando em conta as ponderações acima expostas, é que o art. 45 do Decreto-lei 100/69 (Estatuto do Funcionalismo Civil do então Estado da Guanabara), assim dispôs, no capítulo atinente à substituição:

"Art. 45 — Em caso de vacância de cargo ou função, e até seu provimento, poderá ser designado, pela autoridade imediatamente superior, um funcionário para responder pelo expediente."

Observe-se que a hipótese prevista é exatamente a mesma, ou seja de possibilidade de designação de funcionário para responder pelo expediente, em caso de vacância, até seu provimento. E a quem compete tal providência? À autoridade imediatamente superior.

10. Devo ainda registrar que a Lei 2.085-A, de 5-9-72, que estabeleceu regime jurídico dos servidores da Justiça do extinto Estado da Guanabara, justamente tendo em vista o problema da absoluta necessidade de continuidade dos serviços de cartório, dispôs, em seu art. 50 no sentido de facultar ao Corregedor, na hipótese de ocorrência de vaga na classe de titular, a designação de responsável pelo expediente, até que se dê o provimento efetivo, devendo o indicado perceber os vencimentos do cargo.

Em resumo, dois diplomas legais relativos, um a funcionários civis, outro a serventuários, previram a hipótese de designação, por autoridade imediatamente superior, de responsável por função, até o provimento efetivo.

11. Ainda quanto à questão da incompetência levantada, quero ponderar, apenas **ad argumentandum**, que ainda que ocorrido tivesse vício de incompetência, seria esta sanável.

A doutrina ensina que a incompetência na prática do ato administrativo pode ser absoluta ou relativa, a primeira insanável, a segunda sanável ou convalidável.

In casu, se me afigura, diferente do que ao ilustre Assistente da Assessoria Jurídica da Secretaria de Justiça, que se incompetência na prática do ato designativo tivesse ocorrido, não teria sido absoluta.

Seria sim, relativa a incompetência porque teria ocorrido exercício do poder de uma autoridade diversa, hierarquicamente superior, mas pertencente a uma mesma ordem de poder.

No caso, a mesma ordem de poder é constituída, a meu ver, pela linha de autoridade no comando administrativo do serventuário, que vai do Juiz-Auditor até o Governador do Estado.

O Juiz-Auditor e o Corregedor, nos termos do art. 157 da Resolução n.º 1, de 21-3-75, exercem autoridade administrativa e disciplinar sobre o pessoal do Cartório. Em tal autoridade, não se enfeixa, como já me expressei, o poder nomear ou prover a cargos vagos, mas, é certo que a linha de poder administrativo sobre o pessoal do Cartório começa no Juiz-Auditor, prolongando-se até o Chefe do Executivo, e aí alcançando sua potencialidade máxima, que consiste na faculdade de nomear, promover e aposentar.

Encontro corroboração do meu entendimento na lição de eminente administrativista italiano, Pietro Virga, em monografia sobre os atos administrativos, assim se pronunciando sobre a questão:

"Costante è la Giurisprudenza nel fferenziare la nullità rispetto all' annulabilità per vizio di incompetenza, secondo che l'autorità abbia invaso la sfera di competenza di una autorità amministrativa di un settore del tutto diverso (nel qual caso si avrà l'incompetenza assoluta, da cui deriva la nullità), Cass. Sez. Un. 4 giugno 1957, n.º 2029, in Giust. civ. 1957, I, 1512; VI 30 aprile 1963 n.º 494, ivi, 994, ovvero secondo che l'autorità abbia esercitato funzioni di un organo diverso, appartenenti allo stesso ordine di potere o allo settore amministrativo (nel qual caso si avrà l'incompetenza relativa, da cui deriva l'annulabilità), V 12 maggio 1962 n.º 394, in C. S. 1962, I, 950" (Il **Provvedimento Amministrativo**, 1968, III od. 419).

O administrativista italiano preleciona que ocorrerá incompetência relativa se a autoridade tiver exercitado funções de órgão diverso, pertencente a mesma ordem de poder ou ao mesmo setor administrativo. E, a **contrário sensu**, caracterizando a incompetência absoluta, expõe: "Si ha questa ipotesi, allorchè un'autorità amministrativa usurpi la sfera di competenza amministrativa di un'altra autorità di un settore completamente diverso, nel quale ad essa non compete alcun potere, neppure in parte" (ob. cit., pág. 419), mostrando que a incompetência absoluta ocorre quando a autoridade usurpou a esfera de competência administrativa de outra, em setor totalmente diverso, no qual não compete qualquer poder, nem parcial, à autoridade usurpadora.

Idêntico entendimento encontro no magistério de outro notável administrativo italiano, Aldo Sandulli, no seu Manuale di Diritto Amministrativo, 10.^a ed., 1969, a pág. 419 e 422.

Resumindo, entendo que, houvesse erro de incompetência, tal erro teria partido de autoridade, que se situa no mesmo setor ou esfera de competência administrativa daquela a quem, por sua superioridade hierárquica, competiria baixar o ato, havendo pois, uma ordenação unitária ou linha continuada de poder administrativo, ocorrendo, no máximo, vício de incompetência relativa, convalidável mediante referendo do Exmo. Sr. Governador.

Dita solução atenderia, ao demais, às necessidades absolutas dos serviços do cartório, que não podem ter a solução de continuidade, que, derivaria da privação de funcionário responsável pela função de Escrivão, atendendo ainda ao princípio da economia dos meios jurídicos, pautando-nos, assim, pelo ensinamento de Aldo Sandulli: "Dove invece, sia possibile una posterior eliminazione delle cause di illegittimità, la sanabilità e la regola. Cio inerisce al principio della economia dei mezzi giuridici" (ob. cit. p. 421).

12. Foi levantada no presente processo, no pronunciamento de fls. 8 a 11, e mais precisamente a fls. 10, a questão da interinidade do requerente.

Neste pronunciamento, a conclusão implícita é a de que não mais existe proibição estatutária de o interino exercer outro cargo que não o seu.

Com efeito, tal conclusão me parece válida, já que o Decreto-lei n.º 100/69 não repetiu a vedação do § 1.º do art. 21 da Lei n.º 1.163, de 12-12-66.

Verdade é que o requerente, nomeado interinamente em 1964, continua como tal, no meu entender, ao menos formalmente, já que até hoje ino correu sua efetivação, apesar do decurso de treze anos.

Ante o exposto, não vejo impedimento a que um interino possa responder temporariamente, pelo expediente de outro cargo.

13. Quanto à questão, também levantada no atual processo, relativa à competência para ordenar o pagamento da despesa, a fls. 8, e fls. 17, pela Diretoria-Geral da Subsecretaria Administrativa do T.J.E.R.J., é ela mera consequência da questão primeira e primacial da legitimidade de designação em tela.

Resolvida, pois, a primeira questão, no sentido positivo ao requerido, que se encaminha o processo à autoridade competente, ao que

se alega, o Exmo. Sr. Desembargador Presidente, responsável pela Unidade Orçamentária do Tribunal, a fim de que se regularize a despesa.

É o que me parece, s.m.j.

Rio de Janeiro, 26 de abril de 1977.

ROBERTO MATTOSO CAMARA FILHO
Procurador do Estado

PROCESSO N.º 08085/75-TJ
Ofício n.º 1/RMCF/77

Visto. De acordo com as conclusões.

Não se trata de provimento em cargo público, mas da hipótese prevista no art. 45 do Decreto-lei 100/69 — subsidiariamente aplicável — de funcionário responder pelo expediente. Não se configura vício de incompetência, de vez que a designação partiu de "autoridade imediatamente superior". Cabe ser remunerada essa espécie de substituição (§ único do art. 45 c/c § 3.º do art. 43 do Decreto-lei n.º 100/69).

A E. Corregedoria da Justiça.

Rio de Janeiro, 29 de junho de 1977.

ROBERTO PARAISO ROCHA
Procurador-Geral do Estado