

Inexistindo no edital referência alguma ao Decreto nº 73140/73, não estando a empresa extinta, EDURB, e a nova, CODESAN, como empresas públicas, obrigadas a se sujeitarem a esse decreto, ou seja, ao regime da licitação pública, não está, como conseqüência, a empresa pública apelante obrigada a observar o disposto nos arts. 42 e 43 desse diploma legal, não tendo, assim, a impetrante direito ao que pretende.

Foram estas as razões que levaram a Câmara, por unanimidade, a prover os recursos, para cassar a segurança deferida pela v. sentença recorrida.

Custas ex lege.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 1978.

Des. Romeu Rodrigues Silva
Presidente, sem voto

Des. Paulo Dourado de Gusmão
Relator

O importante de sublinhar é que o Acórdão transcrito consagra a tese de que, no ordenamento jurídico brasileiro, as empresas públicas e sociedades de economia mistas são livres para, em tema de vínculos obrigacionais, celebrá-los livremente segundo as regras do Direito Privado, ou, ainda, segundo tais ou quais dispositivos que, livremente ainda, edite ou adote.

Em 20/07/78.

Marcus Moraes
Procurador do Estado

PARECERES ADMINISTRATIVOS

PARECER Nº 3/78-MF

Mandado de Segurança – Intervenção da Procuradoria-Geral do Estado – Casos em que é obrigatória, facultativa e dispensável – Exegese do art. 228 do Código de Organização Judiciária.

proc.: E-14/004.306/78

SUMÁRIO

- I) Introdução.
- II) Audiência conjunta da PGE e da PGJ.
- III) Conceito de autoridade administrativa.
- IV) Atos políticos.
- V) Atos do Ministério Público.
- VI) Atos legislativos.
- VII) Atos judiciais (*lato sensu*).
- VIII) Atos jurisdicionais (*stricto sensu*).
- IX) Litígios entre os Poderes do Estado.
- X) Conclusões.

I INTRODUÇÃO

1. Dispõe o Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado (Res. nº 1/75 do TJRJ, c/red. da Res. nº 4/76):

“Art. 228. Nos mandados de segurança impetrados contra autoridades administrativas estaduais, o juiz ou, nos casos de competência originária do Tribunal, o relator, abrirá vista dos autos, por cinco dias, à Procuradoria-Geral do Estado, logo após a juntada das informações prestadas pela autoridade coatora. Em seguida, os autos serão encaminhados à Procuradoria-Geral da Justiça para, em igual prazo, emitir o respectivo parecer.”

2. O dispositivo tem dado margem a dúvidas e perplexidades, no tocante à intervenção da Procuradoria-Geral do Estado, particularmente em mandados de segurança impetrados contra atos: a) políticos; b) do Ministério Público; c) legislativos; d) judiciais (em sentido lato e estrito); e) de um dos Poderes, quando lesivos aos direitos de outro Poder.

3. Vale recordar que o COJ foi editado com fulcro na excepcional competência legislativa (posteriormente subtraída pela EC nº 7/77) que a EC nº 1/69 outorgou aos Tribunais de Justiça dos Estados (CF, art. 144, § 5º). Todavia, essa outorga não derogou, evidentemente, a competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 8º, XVII, “b”).

Desse modo, a norma em exame, tipicamente procedimental, deverá ser entendida como uma recomendação, com força de provimento judiciário, merecedora de acatamento na medida em que: a) não conflite com a legislação disciplinadora do mandado (Lei nº 1.533/51, art. 10); b) não obstaculize a Procuradoria-Geral no exercício de suas atribuições específicas de representação judicial e defesa dos interesses do Estado-Administrador ou do Estado-Fisco perante o Estado-Juiz (CPC, art. 12, I; CE-RJ, art. 86).

II

AUDIÊNCIA CONJUNTA

4. Não parece, contudo, que exista conflito entre o art. 228 do COJ e a lei processual extravagante, quando determina a audiência, conjunta e sucessiva, da Procuradoria-Geral do Estado e da Procura-

ria-Geral da Justiça. Ao contrário, teria dado a melhor solução a uma **vexata quaestio** que ainda divide os especialistas.

Como tivemos oportunidade de registrar, em outra pesquisa:

“Por sua vez, nos mandados de segurança, não se pacificou o entendimento quanto à correta interpretação do art. 10 da Lei nº 1.533, de 31.12.51, ao prever a audiência obrigatória do Ministério Público. Vozes autorizadas, como as de CASTRO NUNES, GUILHERME ESTELITA e CELSO AGRÍCOLA BARBI sustentam que, nesse passo, a lei quis significar “o representante judicial da pessoa de direito público”; outras vozes, não menos autorizadas, como as de SEABRA FAGUNDES, FREDERICO MARQUES, ARY FLORÊNCIO GUIMARÃES e OTHON SIDOU defendem a tese de que o Ministério Público apenas oficia, ou seja, age como fiscal da lei. LOPES DA COSTA se coloca em posição intermediária, sugerindo que, onde o ente público tiver procurador, o “parquet” falará imparcialmente (28).

Optou-se no antigo Estado da Guanabara e no atual Estado do Rio de Janeiro pela solução proposta por LOPES DA COSTA, determinando o Código de Organização Judiciária a audiência, conjunta e sucessiva, dividido o decêndio entre ambas, da Procuradoria do Estado e da Procuradoria da Justiça (29). Considerando-se, inclusive, que o remédio heróico, pela “natureza da lide ou qualidade da parte”, é uma das hipóteses que mais se ajustam ao art. 82, nº III, do C. P. C., onde se prevê a intervenção fiscalizadora e obrigatória do “parquet”, parece que a última solução melhor atende à orientação do Código, à prática forense e à ambigüidade da lei específica.

Obviamente, só tem cabimento onde não se confundem, num só órgão, as atribuições de representação e de **custos legis**. Confundindo-se, surge o impasse: se o Ministério Público se coloca ao lado do impetrante, o ato impugnado ficará sem adequada defesa, visto que as informações prestadas pela autoridade nem sempre se revestem do conteúdo jurídico recomendável para melhor elucidar o Juízo e favo-

recer uma apreciação mais equidistante do litígio; de outro lado, o papel de representante judicial — função de advocacia — que venha a exercer, retira-lhe o cunho de isenção, que deve ser a nota marcante de sua atividade (30) (“**Representação Judicial do Estado**”, in RDPRG, vol. 32, 1977, pág. 93).

III

CONCEITO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA

5. Restaria, assim, perquirir se a expressão “autoridades administrativas estaduais” importa, de algum modo, em obstar a intervenção da PGE nos **writs** em que existam interesses administrativos ou fiscais a defender.

Ressalte-se, desde logo, que se a intenção do COJ fosse aludir, apenas, aos agentes do Poder Executivo, o teria feito nomeadamente. Impende, portanto, fixar o exato alcance da expressão.

6. Como é sabido, os órgãos públicos, exercendo as funções típicas estatais, **legislam** (editando o direito positivo), **administram** (aplicando a lei de ofício) ou **judgam** (aplicando a lei contenciosamente). Em tese, tais funções se repartem entre os denominados Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Reconhecem os publicistas, porém, que cada um desses Poderes não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, mas tem nela a sua atividade principal ou competência predominante. Legislam o Executivo, expedindo decretos regulamentares, e o Judiciário, elaborando regimentos internos; o Legislativo e o Judiciário administram, quando dispõem sobre os seus serviços burocráticos; julgam o Legislativo, nos casos de crimes de responsabilidade, e o Executivo, através de Tribunais e Contenciosos Administrativos.

Em consequência, a doutrina classifica os atos funcionais em: a) formalmente legislativos, administrativos e judiciais, conforme tenham origem nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; b) materialmente legislativos, administrativos ou judiciais, consoante tenham por objeto editar uma norma geral, aplicá-la de ofício ao caso concreto ou

traduzir-lhe a vontade diante de uma situação contenciosa (cf. SEABRA FAGUNDES, “**O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**”, 4ª ed., Rio, 1967, págs. 16/18).

7. Outrossim, o substantivo autoridade (do latim **autoritate**) significa, vulgarmente, direito ou poder de impor obediência, dar ordens, tomar decisões. Geralmente, nos textos legais, é utilizado como sinônimo de poder público ou de agente desse poder (cf. DE PLÁCIDO E SILVA, “**Vocabulário Jurídico**”, vol. I, 4ª ed., Rio, 1975, pág. 199). É nestas duas últimas acepções, mas sempre conjugadas, que o emprega a legislação normativa do mandado, em suas várias passagens.

8. Em face do exposto, pode-se e deve-se entender “autoridades administrativas estaduais” como **agentes do Estado com o poder de praticar atos decisórios materialmente administrativos**, por força de competência originária ou delegada.

Resulta, desse modo, que a audiência da PGE é necessária e indispensável sempre que em causa um **ato de administração** em sentido estrito, não importa em que hierarquia tenha sido praticado: do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário. Por igual, quando se tratar de ato produzido por pessoas de direito público com autonomia administrativa (autarquias) ou de direito privado no exercício de funções delegadas (empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos).

9. Verifica-se, portanto, que o art. 228 do COJ, desde que devidamente interpretado, não implica em restrições descabidas à PGE, mesmo porque, na generalidade dos casos, só haverá interesses estatais a defender nos **writs** envolvendo atos materialmente administrativos.

Com efeito, os mandados de segurança, quando concedidos, fazem coisa julgada contra a Administração; e dos atos materialmente administrativos, uma vez declarados ilegítimos, em regra resultam encargos para o Erário (aumento de vencimento, reclassificações, subseqüentes indenizações reparatórias). Compreende-se, assim, o interesse e a obrigação de o Estado participar do litígio, desde o seu nascimento.

Já os atos materialmente legislativos (lei em tese) são insuscetíveis de lesar direitos individuais, motivo pelo qual não admitem, inclusive, o emprego do remédio heróico (STF, Súmula nº 266). Poderá ocorrer

rer — e freqüentemente sucede — a impetração do writ contra a tese da lei. Nada obstante, se o juiz não rejeitou *in limine* o pedido (Lei nº 1.533/51, art. 8º), é porque, *a priori*, o ato aparenta ser uma lei auto-aplicável ou materialmente administrativa (v. *infra*, nº 19). Neste caso, competirá à PGE intervir, quando menos para sustentar o contrário e postular o não conhecimento da ação de segurança.

Quanto aos atos materialmente judiciais, é pacífico o entendimento de que o erro *in iudicando* não gera responsabilidade civil para o Estado, salvo casos excepcionalíssimos previstos em lei e praticamente circunscritos ao Direito Penal (cf. AGUIAR DIAS, "Da Responsabilidade Civil", vol. II, 5ª ed., Rio, 1973, pág. 268 e segs.). Ressalvam-se, entretanto, as hipóteses em que o Estado tenha interesse direto no ato jurisdicional, como parte ou terceiro prejudicado, hipóteses essas que são estudadas mais adiante, em sede própria (v. *infra*, Seção VIII).

10. Outro entendimento implicaria em deixar o Estado sem adequada defesa, apesar de lhe competir suportar os eventuais ônus, se concedida a segurança. Como decorre do próprio art. 228 do COJ, o Ministério Público funciona como *custos legis*: logo, não está obrigado a recorrer ou a esgotar os recursos cabíveis, especialmente se vier a colocar-se ao lado do impetrante. Por seu turno, a autoridade é parte ilegítima para provocar o reexame do decisório (salvo se, não na qualidade de órgão, mas de particular, for admitido no processo como assistente ou terceiro prejudicado, diante de possíveis reflexos pessoais da sentença).

Note-se, ademais, que a construção proposta se compatibiliza com invariável diretriz do E. Tribunal de Justiça. Expressa essa diretriz v. aresto que anulou sentença proferida em mandado de segurança, porque o juiz, aplicando literalmente o art. 10 da Lei nº 1.533/51, ouviu apenas o Ministério Público, recusando-se a abrir vista à Procuradoria-Geral do Estado. Firmando o princípio de que "o Estado tem de ser ouvido como parte em mandado de segurança", assentou:

"Quando a Lei nº 1.533, de 21.12.51, manda ouvir o Ministério Público, depois de prestadas informações pela autoridade coatora, tem a finalidade de trazer o Estado a tomar conhecimento do debate e apresentar defesa. E tanto assim é, que é o Estado e não a autoridade coatora que in-

terpõe agravo e outros recursos e fala dentro dos autos" (Ag. Pet. nº 23.479, in RJTJGB 27/162).

11. Oportuno, agora, à luz das premissas estabelecidas, particularizar o exame em relação a cada um dos casos duvidosos, relacionados no preâmbulo desta pesquisa (*supra*, nº 2).

IV

ATOS POLÍTICOS

12. Segundo MARSHALL, "políticos são os atos de governo que respeitarem à Nação e não interessarem a direitos individuais" (*apud* ARNOLDO WALD, "Do Mand. de Seg. na Prática Judiciária", 3ª ed., Rio, 1968, pág. 203). Está implícito no conceito que o critério discreto assenta na finalidade.

Os autores modernos, no entanto, como testemunha SEABRA FAGUNDES, negam ao ato político "uma fisionomia jurídica própria, capaz de distingui-lo, inconfundível e satisfatoriamente, do ato administrativo em geral". Acrescenta o eminente publicista que o primeiro, como o segundo, "se destina à realização do direito, determinando a aplicação do texto legal a situações especiais" (*ob. cit.*, pág. 163; cf. D. F. MOREIRA NETO, "Curso de Dir. Administrativo", 3ª ed., Rio, 1976, pág. 104).

Citam-se como exemplos de atos políticos puros, no conceito de MARSHALL, a declaração de guerra, a convocação extraordinária do Congresso, a instauração de inquéritos parlamentares. Não deixam de ser políticos, todavia, certos atos que afetam direitos ou interesses subjetivos individuais, como a nomeação de ministros, a promoção de juizes ou a cassação de mandatos (cf. SEABRA FAGUNDES, *ob. cit.*, pág. 164, nota 8).

13. Por outro lado, principalmente depois que a Carta de 1946 espancou as últimas dúvidas, acolhendo o princípio de que nenhuma lesão de direito poderia ser excluída de exame pelo Poder Judiciário, firmou-se a jurisprudência no sentido de que mesmo as "questões puramente políticas" submetem-se ao controle jurisdicional. Como se recorda, a Carta de 1934 (art. 68) e a Lei nº 191/36 (art. 4º, nº III),

continham restrições expressas a esse respeito, embora o Código de Processo de 1939 (art. 320) já não as reproduzisse.

Concedendo ou indeferindo, os Tribunais têm conhecido de mandados de segurança contra a divulgação de inquéritos parlamentares, impedimento do Presidente da República, processamento do **impeachment** de Governador (STF, in "**O Mand. de Seg. e sua Jur.**", ed. Casa de Rui Barbosa, Tomo II, Rio, 1959, pág. 869 e segs.), cassação de mandatos legislativos (STF, Arq. Min. Just. 82/231) e rejeição irregular de veto oposto pelo Chefe do Executivo (TASP, RDA 72/267).

14. Não há, assim, como fugir da alternativa: ou se cuida de um ato político puro, incapaz de afetar direitos individuais e, por conseguinte, imune à ação de segurança; ou afeta, e nesse caso deve merecer o mesmo tratamento dos atos administrativos em geral.

Nesta última hipótese, não haveria como nem por que excluir a intervenção da PGE, tendo-se presente, ainda, que o reconhecimento judicial da indevida promoção de juízes, da irregular cassação de mandatos ou da ilegítima recusa de empossar um deputado, pode dar margem à futura composição de danos patrimoniais pelo Erário.

V

ATOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

15. Contrariando a doutrina majoritária, a Carta de 1967, na sua redação original, optou por incluir o Ministério Público entre os órgãos do Poder Judiciário (Cap. VIII, Seção IX). Embora outorgada, sem prévio debate público, a EC nº 1/69 parece ter sido mais feliz, pelo menos nesse particular, desvinculando-o do Poder Judiciário e incluindo-o entre os órgãos do Poder Executivo, com o que aceitou a crítica dogmática (cf. M. G. FERREIRA FILHO, "**Com. à Const. Bras.**", vol. II, S. Paulo, 1974, págs. 193/194).

Assim sendo, os atos **interna corporis** praticados na estrutura do Ministério Público (designações, remoções, punições disciplinares, etc.) não se diferenciam, em origem e substância, dos demais atos administrativos produzidos na hierarquia do Poder Executivo. Como compete

à Procuradoria-Geral do Estado, e não à Procuradoria-Geral da Justiça, a defesa de tais atos, quando judicialmente impugnados, a audiência da primeira, também nessas hipóteses, afigura-se obrigatória.

16. Convém recordar que, dentro da clássica especialização de funções (nos processos que exigem a intervenção fiscalizadora do **custos legis**, a exemplo do que sucede nos mandados de segurança), entre duas teses de direito, igualmente sustentáveis, impõe-se ao advogado da parte **defender** a que consulta aos interesses do seu representado; ao Ministério Público **opinar** por aquela que melhor se ajusta ao caso concreto; e ao juiz, **decidir** qual a que expressa a "verdade judiciária".

Além disso, como leciona CLOVIS PAULO DA ROCHA, "o membro da instituição goza de completa autonomia" e "as discordâncias com a orientação determinada pelo Procurador-Geral permitem que este o substitua no caso concreto, mas não constituem motivo para censuras ou substituições em caráter definitivo" ("**O M. P. como órgão agente e como órgão interveniente no Proc. Civil**", in RDMPGB, vol. 17, 1973, pág. 7).

Dentro dessa ótica, nada impede, pelo menos em tese, que o Ministério Público (órgão da lei) se posicione contrariamente ao Ministério Público (órgão administrativo), em face de um ato **interna corporis** questionado em Juízo. Já se vê que, ausentes os seus representantes judiciais, o Estado-parte poderia ficar em situação inferiorizada no litígio, pelos mesmos motivos acima expostos (*supra*, nº 10).

17. Quanto aos atos **externa corporis**, é difícil conceber o Ministério Público sendo alvo da ação de segurança, uma vez que, ordinariamente, não tem poder decisório: como parte ou titular da ação (CPC, art. 81; CPP, art. 24), **requer**; como fiscal da lei (CPC, art. 82), **opina**; como advogado dos entes públicos (CPC, art. 1.212 e CF, art. 126; c/red. EC nº 7/77), **postula**.

Nada obstante, os arquivos desta Procuradoria registraram, recentemente, a passagem de dois mandados de segurança inusitados: o primeiro, admitido a processamento mas ainda não julgado, contra ato do Procurador-Geral da Justiça que, recusando-se a oferecer denúncia, provocou o arquivamento de inquérito, nos termos do art. 28 do Cód. de Proc. Penal; o segundo, concedido em 1º grau e confirmado em reexame obrigatório, contra ato de Curador que, com fulcro no art. 26 do

Código Civil, interveio diretamente numa fundação, destituindo-lhe a diretoria.

Não comporta, no âmbito limitado desta disquisição, examinar o cabimento do writ contra o ato do Procurador-Geral da Justiça ou a legitimidade do ato praticado pelo Curador. No primeiro caso, o deslinde vai depender, inclusive, da posição em que o intérprete se coloque diante da controvérsia em torno de saber se, trancada a ação penal pública, na forma do art. 28 do CPP, admite-se ou não a ação penal privada subsidiária do art. 29 (cf. HELIO TORNAGHI, "Comp. de Proc. Penal", vol. II, Rio, 1967, pág. 489 e segs.; BASILEU GARCIA, "Inst. do Dir. Penal", vol. I, Tomo II, 2ª ed., S. Paulo, 1954, pág. 639 e segs.). O ato do Curador, por sua vez, será legítimo ou ilegítimo conforme o elastério que se der ao verbo "velar", no contexto em que foi utilizado pela Lei Comum. Comporta, no entanto, precisar a natureza jurídica de ambos.

Segundo conceitos correntes, a decisão do Procurador-Geral da Justiça seria um ato processual materialmente administrativo (ato de ofício de órgão do Executivo), produzido com eventual **desvio de finalidade** (praticar ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência) do poder discricionário que a lei lhe confere de oferecer ou não a denúncia. Já a decisão do Curador seria um ato administrativo **stricto sensu** (intervenção de órgão do Executivo em entidade privada), eventualmente praticado com **invasão de funções** (exceder o agente os limites de sua competência, invadindo atribuições cometidas por lei a outro órgão) privativas do Poder Judiciário.

Constata-se, portanto, que também nesses casos raros incide a regra geral, impondo-se a intervenção da PGE, a exemplo de quaisquer outros atos oriundos do Poder Executivo.

VI

ATOS LEGISLATIVOS

18. Consoante o exposto antes, os atos da Mesa Diretora da Assembléia versando sobre serviços burocráticos (*supra*, nºs 6 **usque** 8), bem como os atos políticos, quando afetam direitos subjetivos indivi-

duais (*supra*, nºs 12 **usque** 14), enquadram-se na categoria dos atos administrativos de um modo geral, pelo que não escapam a idêntico tratamento. Os atos formal e materialmente legislativos (lei em tese), por seu turno, não admitem a ação de segurança (*supra*, nº 9).

Sobraría, para exame, o problema das chamadas normas auto-executáveis ou leis de efeitos concretos.

19. Tem prevalecido o entendimento de que cabe o remédio heróico contra leis ou decretos regulamentares auto-aplicáveis, exatamente porque, na realidade, consubstanciam sob tais denominações, segundo autores e julgados, um ato administrativo especial ou individual (cf. CASTRO NUNES, "Do Mand. de Seg.", 5ª ed., Rio, 1956, pág. 121, nota 19; SEABRA FAGUNDES, *ob cit.*, págs. 266/267; ARNOLDO WALD, *ob cit.*, pág. 139; HELY MEIRELLES, "Mand. de Seg. e Ação Popular", 5ª ed., S. Paulo, 1978, pág. 18/19; CELSO BARBI, "Do Mand. de Seg.", 3ª ed., Rio, 1976, pág. 146).

É o caso das leis proibitivas, executórias por si mesmas (**self enforcing**) ou de destinação específica, tais como as que desmembram municípios ou serventias de Justiça, declaram bens de utilidade pública para o fim de desapropriação, aprovam planos de urbanização, revogam isenções fiscais, fixam tarifas, etc.

20. Ora, no momento em que o Poder Legislativo produz um **ato administrativo especial ou individual**, embora sob a forma de lei, estará atuando, à evidência, como **autoridade administrativa**, pelo que a hipótese se subsume na regra geral do art. 228 do COJ.

Vale lembrar, em reforço da tese, que prestigiosa corrente doutrinária sustenta que, se a lei auto-aplicável foi sancionada pelo Chefe do Executivo, este também será autoridade coatora, juntamente com o Poder Legislativo (cf. CELSO BARBI, *ob cit.*, pág. 149; OTHON SIDOU, "As Garantias Ativas dos Dir. Coletivos", 1ª ed., Rio, 1977, pág. 273; SERGIO A. FERREIRA, "O Mand. de Seg. e o Ato Legislativo", in RDPRG, vol. 24, 1971, págs. 48/49). O chamamento do Governador a Juízo exigiria, por si mesmo, a atuação da PGE. Não muda a essência do problema, porque a lei de efeitos concretos continua sendo um ato materialmente administrativo, a circunstância de haver sido promulgada, ao invés de sancionada.

VII ATOS JUDICIAIS

21. Impende, preliminarmente, esclarecer algumas imprecisões terminológicas. Como **judicial** se refere a foro, bem como a tudo que tem origem no Poder Judiciário ou perante ele se realiza (cf. "**Novo Dicionário Aurélio**"), correto denominarem-se **judiciais** a quaisquer atos produzidos em Juízo, não só pelos magistrados, mas também pelas partes, advogados, Ministério Público, escrivães, etc. CANDIDO MENDES DE ALMEIDA, em suas anotações ao Código Filipino, indicava como atos judiciais, inclusive, os praticados pelos tabeliães, no impropriamente chamado "foro extrajudicial". Modernamente, contudo, costuma-se reservar a expressão para designar atos ou decisões dos juízes ou dos respectivos órgão colegiados.

Procurando conformar-se com a técnica mais recente, o presente estudo adota o seguinte glossário: **judiciais** — atos de magistrados, materialmente administrativos ou legislativos; **jurisdicionais** — atos de juízes no exercício da função judicante típica (em consonância com o art. 203 da CF, na red. da EC nº 7/77, que utiliza o adjetivo com esse significado); **processuais** — atos praticados pelas partes, seus representantes, membros do Ministério Público e auxiliares do Juízo; **paraprocessuais** (semânticamente menos abrangente do que extraprocessuais ou extrajudiciais) — atos dos tabeliães e oficiais dos Registros Públicos, tendo em vista que o legislador, por motivos de política judiciária, resolveu cercá-los de maior solenidade para, eventualmente, valerem em Juízo (CPC, art. 366).

22. Como os **atos judiciais**, no conceito retro, diferem pela origem, mas não em substância, dos atos materialmente administrativos ou legislativos praticados no âmbito do Poder Legislativo, os princípios a aplicar serão os mesmos anteriormente deduzidos (*supra*, nºs 18 *usque* 20).

Suponha-se que o Conselho da Magistratura se recuse a atender determinadas reivindicações funcionais, provocando ação de segurança. O Ministério Público poderá colocar-se ao lado dos impetrantes. O Conselho, por sua vez, será parte ilegítima para interpor os recursos cabíveis, conforme entendimento do próprio E. Tribunal (*supra*, nº 10).

Ausentes do litígio os seus representantes judiciais, o Estado terá de suportar os encargos decorrentes, sem que tenha esgotado os meios de defesa.

Quanto ao ato judicial de natureza legislativa, o problema é virtualmente idêntico ao acima afluído, quando se cogitou das normas de efeitos concretos (Seção VI): ou não cabe o mandado por se tratar, efetivamente, de lei em tese; ou cabe, e neste caso substancializará um ato administrativo especial ou individual, conquanto editado sob a forma de resolução judiciária. Exemplo típico de ambas as hipóteses é o próprio COJ, que tanto contém normas gerais de funcionamento da Justiça (regras de competência funcional e territorial), como disposições passíveis de afetar direitos subjetivos individuais (atribuições carterárias).

23. Conforme doutrina assente, autoridade coatora é a que tem o poder decisório, e não o agente que se limita a cumprir as suas determinações (cf. HELY MEIRELLES, *ob cit.*, pág. 14). Dentro desse conceito, inadmissível a ação de segurança contra os auxiliares da Justiça, discriminados no art. 139 do CPC (escrivães, oficiais de Justiça, peritos, depositários, administradores e intérpretes), visto que não decidem, mas simplesmente executam ordens judiciais.

É controvertido, no entanto, o cabimento contra atos de tabeliães e oficiais dos Registros Públicos. Como observa DE PLÁCIDO E SILVA, "os tabeliães são serventuários públicos que exercem atividades com uma certa autonomia, enquanto os escrivães, em regra, agem sob o mando direto de um juiz" (*ob. cit.*, vol. IV, pág. 1512). Existem precedentes contrários à viabilidade do *writ*, sob o fundamento de que também os seus atos se sujeitam à tutela e correição jurisdicionais (TJMG, RF 68/144; TJRS, com voto vencido, RF 213/220), porém há autores que se mostram favoráveis (cf. ARNOLDO WALD, *ob. cit.*, pág. 163, nota 57).

De qualquer modo, como os auxiliares e serventuários da Justiça praticam, conforme o caso, atos processuais ou paraprocessuais de natureza materialmente administrativa, mandados de segurança, uma vez admitidos, não poderiam dispensar a audiência obrigatória da PGE. Vale aduzir, em abono da conclusão, que se consideram "servidores públicos" mesmo os titulares de serventias não oficializadas, segundo

entendimento esposado pelo STF (Rp. 891-GB, RTJ 68/283), pelo que não seriam descartáveis possíveis conseqüências patrimoniais do eventual reconhecimento da ilegitimidade de seus atos.

VIII

ATOS JURISDICIONAIS

24. Em contrapartida ao consenso dogmático favorável ao emprego do remédio contra atos administrativos do Poder Judiciário, o cabimento do mandado contra atos de juízes no exercício da função judicante representa, talvez, entre todas, a questão mais polêmica.

Podem ser anotadas as seguintes teses principais, com os respectivos defensores:

1ª) É inadmissível, em qualquer hipótese, contra atos tipicamente de jurisdição (BUENO VIDIGAL, "Do Mand. de Seg.", S. Paulo, 1953, p. III; ALFREDO BUZUID, "Do Mand. de Seg.", in RDA, vol. 44, 1956, pág. 36; CELSO BARBI, *ob. cit.*, pág. 134/135; SERGIO BERMUDEZ, "Com. ao CPC", vol. VII, 2ª ed., S. Paulo, 1977, pág. 398/399, os dois últimos já enfrentando o problema à luz do vigente Código de Processo).

2ª) Cabe quando o ato não for passível de recurso (com ou sem efeito suspensivo) ou de correição, isto é, aplica-se literalmente o art. 5º, nº 11, da Lei nº 1.533/51 (SEABRA FAGUNDES, *ob. cit.*, págs. 291/292; SEBATIÃO DE SOUZA, "Dos Proc. Especiais", Rio, 1957, pág. 49; E. D. MONIZ DE ARAGÃO, "A Correição Parcial", 1969, pág. 90, este endossando a opinião de MIGUEL REALE).

3ª) Admite-se o mandado inexistindo recurso com efeito suspensivo (CASTRO NUNES, *ob. cit.*, págs. 124/125; ARRUDA ALVIM, "O Mand. de Seg. em Matéria Administrativa", in RDPRG, vol. 31, 1977, pág. 70; SERGIO FADEL, "Teoria e Prática do Mand. de Seg.", 2ª ed., Rio, 1976, págs. 93/94; DE PLÁCIDO E SILVA, "Com. ao CPC de 1939", vol. II, 4ª ed., Rio, 1956, pág. 410; OTHON SIDOU, *ob. cit.*, págs. 275/276; ARNOLDO WALD, aparentemente, *ob. cit.*, págs. 155/157; HELY MEIRELLES, *ob. cit.*, págs. 22/24, sendo que os dois primeiros excluem, expressamente, a coisa julgada, enquanto o

último acolhe o writ também contra esta, quando a sentença for nula de pleno direito ou se tentar estendê-la, indevidamente, ao impetrante).

4ª) Constitui, precisamente, um remédio específico contra a coisa julgada, assemelhado o writ a "uma ação rescisória mandamental proponível em menos tempo", bem como contra atos jurisdicionais praticados com incompetência absoluta, ou dos quais não caibam recursos ordinários, embora possam caber outros recursos, a exemplo de embargos ou extraordinário (PONTES DE MIRANDA, "Com à CF, c/EC nº 1/69", Tomo V, 2ª ed., S. Paulo, 1973/74, págs. 371/372).

25. Procurando fixar uma diretriz destinada a uniformizar a contraditória jurisprudência dos Tribunais, superando, inclusive, conflitos entre os seus próprios arestos, a Suprema Corte sumulou que não cabe mandado de segurança contra: a) "decisão judicial transitada em julgado" (Súmula, nº 268); b) "ato judicial passível de recurso ou correição" (Súmula, nº 267).

Com o primeiro verbete, desautorizou a doutrina dos que, amplamente ou em casos excepcionais, sugeriam que o writ funcionasse como uma espécie de ação rescisória; com o segundo, aderiu à corrente dos que interpretavam o texto da lei literalmente.

26. Enfrentou o Pretório Excelso, contudo, o problema de coarctar decisões "teratológicas", no dizer de um ilustre Ministro, capazes de produzir lesões imediatas e irreparáveis, mas insuscetíveis de recurso suspensivo ou correição, esta dotada, em regra, de eficácia liminar (COJ-RJ, arts. 219 e 223).

O problema ganhou dimensões maiores com o advento do atual Código de Processo, na medida em que, instituindo a recorribilidade não suspensiva das decisões interlocutórias (CPC, art. 522), afastou em inúmeros casos a correição, recurso anômalo, porém eficiente, de que se utilizam partes e Tribunais, à falta de outro específico, para corrigir certos descomedimentos.

27. Recusando-se a transigir com a coisa julgada, a Suprema Corte abrandou o rigor da Súmula nº 267, passando a acolher mandados de segurança contra atos jurisdicionais sujeitos a reexame, porém em casos especialíssimos.

Considera-se **leading case**, reformulatório do verbete, o acórdão de 5.12.73, relatado pelo Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, no qual o plenário assentou: "Ação de segurança para impugnar ato judicial. É admissível no caso em que do ato impugnado advém dano irreparável cabalmente demonstrado" (RE nº 76.909-RS, RTJ 70/504).

Esse entendimento, a partir daí, vem sendo invariavelmente mantido. Em aresto mais recente, teve o Pretório Excelso a oportunidade de reafirmá-lo, ao decidir que "não se pode transformar a ação de segurança num sucedâneo do recurso adequado previsto em lei, porquanto tal liberalidade subverte a ordem jurídico-processual", mas se deve aceitá-lo para corrigir "prejuízo manifesto e irreparável", quando o recurso devolutivo se mostrar inadequado para impedir que se concretize "aquele dano real" (RE nº 84.181-BA, RTJ 81/879).

28. O eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, no **leading case** acima aludido, tentando estabelecer uma doutrina, deu-se ao trabalho de coletar e classificar mais de 500 arestos específicos, assim como de reunir as principais opiniões dogmáticas. Converteu o seu voto em um retrato perfeito e síntese magistral dos debates travados em torno do mandado de segurança e o ato de jurisdição, desde a criação do instituto até os dias atuais.

Dando-se, ainda, ao penoso esforço de examinar caso por caso, chegou à "dolorosa conclusão" de que "a jurisprudência, nossa e alheia, não ajuda decididamente na busca de diretrizes básicas que se possam adotar no tocante à aflitiva questão. Cai, ao contrário, no casuísmo que VICTOR NUNES qualificou de lamentável e que, sem discordar inteiramente, não estou longe de considerar inevitável".

Colhem-se, todavia, no voto do Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, pelas razões que amplamente justifica, as linhas mestras que parecem balizar o conhecimento do mandado contra atos jurisdicionais, tanto na Suprema Corte como nos outros Pretórios, de um modo geral. Constituem pressupostos cumulativos: a) decisão não transitada em julgado; b) recurso pendente sem efeito suspensivo; c) radical incompetência **ratione materiae** ou falta pura e simples de jurisdição; d) dano real (e não apenas **ex iure**) efetiva e objetivamente irreparável.

29. Objetivou-se, com essa ligeira digressão, pôr em evidência que o mandado de segurança, mediante construção doutrinária e jurisprudencial, afasta-se nesses casos da finalidade específica para a qual foi instituído. Como notaram escoliastas, "ele provoca novo pronunciamento do Judiciário sobre matéria já decidida, desempenhando, portanto, função semelhante a dos recursos" (MARCOS AFONSO BORGES, "Sucedâneos dos Recursos", in Rev. Bras. Dir. Proc., vol. 16, 1978, pág. 152).

Esse aspecto não escapou à acuidade de CELSO BARBI, que sublinha, em sua obra clássica:

"Mas quando o ato atacado é de natureza judicial apesar de agir o juiz em nome e como órgão do Estado, a Administração Pública não tem, na realidade, nenhum interesse no desfecho da questão. As informações, então, não possuem as características de defesa e são minutadas pela própria autoridade que as subscreve. E esta pode ter interesse meramente moral em sustentar a legalidade do seu ato, mas lhe é mesmo impossível ter qualquer interesse de outra natureza, dada sua posição de imparcialidade na causa sujeita a seu julgamento" (ob. cit., pág. 187).

30. Vê-se, por conseguinte, que a intervenção da PGE em casos tais, é plenamente dispensável. Não se alegue, sequer, que o interesse da Administração consistiria, quando menos, em poupar-se dos ônus processuais da eventual sucumbência, a serem suportados pelo Erário se vencido o juiz. Em exaustiva monografia sobre o tema, J. P. ALBANO NOGUEIRA, depois de observar, na mesma linha de raciocínio, que, "na prática forense, o Estado dificilmente movimenta seu quadro de procuradores para defender o ato jurisdicional impugnado em mandado de segurança", conclui:

"Não havendo responsabilidade civil do magistrado, salvo raríssimas exceções, expressas no art. 121 do CPC (antigo), quando no exercício da função jurisdicional, essa irresponsabilidade se estende à defesa do ato jurisdicional impugnado. Por isso, não há como se falar em sucumbência do magistrado nesse tipo de mandado de segurança. Na ausência do interesse de fato se fundamenta a impossibilidade de

condenação do magistrado, apontado como autoridade coatora, em custas e honorários advocatícios, e não no chamado caráter especial do mandado de segurança, conforme sustenta o STF na Súmula nº 512 de sua jurisprudência predominante" ("Natureza Jurídica do Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional", in Rev. de Processo, nº 6, 1977, pág. 63).

31. Tais considerações, é claro, pressupõem litígios entre particulares em que a Administração se mantenha alheia. Pode suceder, entretanto, que seja a beneficiária direta do ato jurisdicional impugnado. É o que ocorre, com muita frequência, quando atua como parte, nos procedimentos contenciosos, ou quando intervém obrigatoriamente em procedimentos especiais (CPC, art. 999) e de jurisdição voluntária (CPC, art. 1.108), para defender interesses administrativos ou tributários.

Oportuno lembrar, a propósito, que os Tribunais, especialmente o STF (RTJ 82/618), com o entusiástico aplauso de CELSO BARBI (ob. cit., pág. 186 e segs.), vêm adotando o entendimento de que são litisconsortes passivos necessários os terceiros prejudicados pela eventual concessão da segurança. É solução justa, na medida em que se respalda no princípio do contraditório, conquanto questionável sob uma ótica científica mais rigorosa.

Decidiram, inclusive, que o não chamamento desses terceiros implica em nulidade da sentença se, direta ou reflexamente, atingir seus direitos subjetivos. Essa doutrina é aplicada, com melhores motivos, aos demais autores do processo, quando o mandado alveja um ato do juiz no exercício da função judicante.

Desse modo, nas hipóteses ora versadas, já se mostra indispensável a audiência da PGE, não porque se trate de ato jurisdicional, mas porque o Estado-Administrador ou o Estado-Fisco se torna litisconsorte necessário do juiz. Embora, na prática, o resultado seja o mesmo, a construção vale na medida em que testa o encadeamento lógico dos princípios deduzidos.

IX

LITÍGIOS ENTRE PODERES

32. Deve-se à EC nº 7/77 inovação restritiva, ao acrescentar à Carta vigente o art. 205, *verbis*: "As questões entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, serão decididas pela autoridade administrativa, na forma da lei, ressalvado ao acionista procedimento anulatório dessa decisão".

Como se verifica, pela sua simples leitura, exclui da apreciação judicial os litígios entre o ente político e os **respectivos** órgãos da administração indireta, ou entre os últimos, quando pertencentes ao mesmo ente político.

Apesar de todos possuírem personalidade jurídica própria e autônoma, partiu o legislador constituinte do pressuposto de que o ente político exerce completa tutela sobre seus órgãos da administração indireta, através da designação dos dirigentes das autarquias ou do controle societário das empresas públicas e sociedades de economia mista por ele constituídas. Parece-lhe ilógico chamar o Poder Judiciário a compor conflitos entre a cabeça e os membros, ou entre estes, à revelia dela.

Domina o entendimento de que o art. 205 da CF é auto-aplicável, cabendo ao Chefe do Executivo federal, estadual ou municipal dirimir as questões que se apresentarem, enquanto a lei ordinária não dispuser de outro modo (cf. LUIZ RAFAEL MAYER, Consultor-Geral da República, Parecer nº L-171, in DJ de 10.2.78, pág. 2049). Os Tribunais já vêm aplicando essa doutrina, inclusive aos litígios pendentes, determinando o seu sumário arquivamente (S.T.F., RE 86.083, AC de 27.5.77; TFR, AC 36.074, DJ 18.5.78, pág. 3429).

33. Induvidoso, entretanto, que o dispositivo ora em exame só excluiu de apreciação judicial os casos expressamente mencionados. Excetuados estes, os demais litígios submetem-se ao crivo do Poder Judiciário. Endossando a interpretação literal, ao conhecer de recurso extraordinário em que contendiam uma concessionária e uma autarquia federais (Cia. Docas de Santos vs. Superintendência da Borracha), decidiu o STF que "as concessionárias de serviços públicos não se en-

contram sob a égide do art. 205 da EC nº 7/77" (RE 88.003-8-SP, DJ 30.6.78, pág. 4850).

Nada obsta, portanto, que o mandado continue a ser empregado por um ente político contra outro, como resulta do art. 119, I, alínea "i", da CF, que alude a *writs* "impetrados pela União contra atos de governos estaduais"; por uma sociedade de economia mista contra autoridade de diferente esfera administrativa; ou, dentro de um mesmo ente político — hipótese que interessa ao presente estudo — por um órgão despersonalizado contra outro de distinta hierarquia, como já o vimos admitindo, tranquilamente, doutrina e jurisprudência (cf. HELY MEIRELLES, *ob. cit.*, pág. 12; CELSO BARBI, *ob. cit.*, pág. 167; SEABRA FAGUNDES, *ob. cit.*, pág. 300, nota I; STF, pleno, RTJ 69/475; TJRJ, MS 287/76, Governador vs. Conselho da Magistratura, DJE 13.7.78).

34. O emprego do *mandamus* para composição de litígios entre órgãos despersonalizados independentes, integrantes de um mesmo ente político (v.g., Governador vs. Conselho da Magistratura, Tribunal de Contas vs. Assembléia Legislativa, etc.), desestabiliza certas teorias destinadas a explicar quem é o sujeito passivo da lide, nos mandados de segurança. Desborda dos propósitos limitados desta pesquisa incursionar nessa área tormentosa. Os interessados em aprofundar o tema poderão recolher subsídios em outro estudo, onde os debates foram resumidos e sugerida a "teoria da absorção", como fórmula conciliatória (cf. nosso "**Representação Processual dos Entes Públicos**", in Teses do VIII Congresso Nacional dos Procuradores do Estado, Rio, 1977, pág. 439 e segs.).

Seja qual for a posição doutrinária preferida, é intuitivo, no entanto, que não se concebe o Estado como um todo, isto é, pessoa jurídica de direito público, atuando em tais litígios em quaisquer das posições: impetrante, sujeito passivo, assistente ou litisconsorte de uma das partes. Isto pelo ilogicismo de o **todo** (o Estado) e uma de suas **frações** (Legislativo, Executivo ou Judiciário) ocuparem lugares distintos ou lados antagônicos em um mesmo processo. Suponha-se um conflito entre órgãos de cúpula do Legislativo e do Judiciário, ou entre estes e o Executivo: de que lado se posicionaria o Estado (como um todo) se os Poderes constitucionalmente se equivalem, ou melhor, "não há, em

princípio, predominância de qualquer deles"? (cf. PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.*, Tomo I, pág. 547).

Parece meridiano que, nesses casos, o litígio se estabelece, exclusivamente, entre os órgãos despersonalizados, embora os eventuais ônus da sucumbência sejam sempre suportados pelo Erário, que é comum a todos os Poderes (hipótese teórica, visto que os entes públicos, em regra, são dispensados das custas e que o STF continua mantendo a Súmula nº 512, segundo a qual não cabem honorários em mandado de segurança).

35. De acordo com expressas disposições legais (CPC, art. 12, I; CE-RJ, art. 86), a PGE é o órgão de representação judicial do Estado-parte (aqui considerado como pessoa jurídica). Em procedimentos comuns ou especiais, propõe ou responde a demandas nascidas, indiferentemente, de relações jurídicas vinculadas a qualquer um dos seus Poderes (cf. HELY MEIRELLES, "*Dir. Adm. Bras.*", 3ª ed., S. Paulo, 1975, pág. 49). Nos *writs*, sustenta a legitimidade do ato, salvo quando impetrados contra atos jurisdicionais que não envolvam interesses administrativos ou tributários, pelos motivos acima expostos (*supra*, Seção VIII).

Como exercita missão típica de advocacia e não de **custos legis**, sempre que intervém, em tal qualidade, compete-lhe **defender** o ato questionado, confiada na presunção de legitimidade de que se revestem as ações do Poder Público. É claro que, se o ato for absolutamente indefensável, não restará à PGE outra alternativa senão reconhecer a procedência do pedido ou sugerir à autoridade competente, pelos canais adequados, o seu imediato desfazimento. Impondo o CPC à parte o dever de "não formular pretensões, nem alegar defesa, ciente de que são destituídas de fundamento" (art. 14, III), com melhores motivos o exige dos órgãos representativos dos entes estatais.

36. Ora, já se demonstrou, à luz da lógica, que o Estado (como um todo) não é **parte** nos mandados de segurança visando a compor conflitos entre órgãos despersonalizados independentes. Assim, a intervenção da PGE não se afigura obrigatória, pelo menos na qualidade de **representante judicial** do Estado-parte.

De outro modo, resultariam situações constrangedoras e até mesmo incompatíveis com os princípios de hierarquia: como justificar a

PGE atuando na defesa de um ato da Assembléia, se o impetrante for o próprio Governador, ao qual está subordinada? Ou sustentando um ato do Tribunal de Contas, impugnado pela Mesa Diretora do Legislativo, se o Chefe do Executivo for favorável à concessão do writ?

37. Nada impede, contudo, pela mesma *ratio* (*supra*, nº 34), que o Chefe do Executivo, como órgão despersonalizado, participe de litígios com ou entre os demais órgãos, em quaisquer das posições: sujeito ativo ou passivo, litisconsorte ou assistente de uma das partes.

Sucedo que a PGE é órgão integrante da estrutura do Poder Executivo. Abstráda sua função primordial e predominante de representar judicialmente o Estado-parte (ou *presentar*, como prefere corretamente PONTES DE MIRANDA, "Com. ao CPC", Tomo I, Rio, 1974, págs. 318/319), exerce atribuições de assessoria e representação processual do Governador (no sentido de agente postulatório), como decorre do confronto entre as normas que lhe deram estrutura orgânica e funcional (CE-RJ, art. 86; DL-RJ nº 12/75, art. 3º).

Desse modo, poderá atuar em tais litígios, não na qualidade de órgão de *presentação* do Estado, porém de representante processual do Chefe do Executivo, quer impetrando mandados em seu nome, quer defendendo o ato impugnado, quer posicionando-se ao lado do impetrante, mas sempre mediante prévia audiência e instruções do Governador (presumindo-se, é óbvio, que sejam juridicamente sustentáveis). Essas instruções, inclusive, poderão ser no sentido de simples alheamento do litígio, não convido ao Poder Executivo participar de eventual demanda entre os demais Poderes.

Compreensível que assim seja. É certo que os conflitos entre órgãos despersonalizados de diferentes hierarquias substancializam, em regra, questões materialmente administrativas a serem solvidas pelo Estado-Juiz, mesmo quando envolvem o Judiciário-Administrador, com o qual não se confunde, segundo as modernas técnicas constitucionais (cf. FREDERICO MARQUES, "Manual de Dir. Proc. Civil", vol. I, S. Paulo, 1974, págs. 88/89). Nada obstante, têm inevitáveis conotações políticas, competindo ao Chefe do Executivo, evidentemente, a superior orientação dos negócios políticos do Estado.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (34), 1979.

CONCLUSÕES

38. Do exposto ressumam, salvo melhor entendimento, as seguintes conclusões:

1ª O art. 288 do COJ, determinando a audiência conjunta e sucessiva da Procuradoria-Geral do Estado e da Procuradoria-Geral da Justiça, nos mandados de segurança impetrados contra autoridades administrativas estaduais, não conflita com o art. 10 da Lei nº 1.533/51 ou com o art. 82, nº III, do CPC; pelo contrário, deu-lhes a melhor interpretação.

2ª Não obstaculiza, outrossim, a atuação da PGE no exercício de suas funções específicas de representação e defesa dos interesses do Estado, desde que se traduza a expressão "autoridades administrativas estaduais" pelo seu real significado: órgãos ou agentes do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, com o poder de praticar atos decisórios materialmente administrativos, por força de competência originária ou delegada.

3ª Descabe mandado de segurança contra a lei em tese, mas se não foi indeferido *in limine* é porque o juiz admitiu, para melhor estudo, que possa substancializar um ato materialmente administrativo.

4ª O mandado contra ato jurisdicional (em sentido estrito) funciona, na realidade, como sucedâneo de recursos, pelo que não afeta o Estado-Administrador, salvo se este for parte ou tiver intervindo, em resguardo de interesses administrativos ou fiscais, no processo que lhe deu origem. Nestes casos, assume a qualidade de litisconsorte necessário do juiz, segundo jurisprudência dominante.

5ª Os litígios entre órgãos despersonalizados dos três Poderes envolvem, em regra, questões materialmente administrativas, pressupondo, portanto, atos praticados por "autoridades administrativas estaduais", no conceito retro.

6ª Conseqüentemente, é **obrigatória** a audiência da PGE, sob pena de nulidade, em todos os mandados de segurança, **exceto** os impetrados contra atos jurisdicionais (**stricto sensu**), mesmo assim quando o Estado não for parte ou não tiver intervindo no processo.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (34), 1979.

7ª É indispensável, por seu turno, a intervenção da PGE em todos os mandados nos quais seja obrigatória a sua audiência, ressalvada a conclusão seguinte.

8ª Excluídos, obviamente, os writs impetrados contra ou pelo Chefe do Executivo, em que já atua como seu representante processual, é facultativa a intervenção da PGE nos mandados que impliquem em litígio entre órgãos despersonalizados independentes, condicionada essa intervenção e o posicionamento à prévia audiência do Governador.

SUB CENSURA

Rio de Janeiro, 17 de novembro de 1978.

Milton Flaks
Procurador do Estado

Senhor Procurador-Geral

O artigo 228 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado determina que, após as informações da autoridade coatora, o juiz ou relator abra vista dos autos à Procuradoria-Geral do Estado, por cinco dias, "nos mandados de segurança impetrados contra autoridades administrativas estaduais" (Resolução nº 1/75 do TJRJ, com red. da Res. nº 4/76).

A experiência cedo veio demonstrar que o texto do C.O.J., que tomou como ponto de referência a qualidade funcional da autoridade informante, era bastante insatisfatório, tanto mais que a expressão "autoridade administrativa" costuma identificar apenas os agentes do Poder Executivo. Os estudos sobre a separação e caracterização dos poderes estatais realizados no âmbito do direito constitucional e administrativo há muito indicaram que não existe uma simetria absoluta entre os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e as funções que os tipificam e lhes dão designativos. O administrador aplica a lei

de ofício em situações não contenciosas, mas também legisla — e às vezes julga. Os órgãos judiciários julgam, mas também praticam atos materialmente administrativos e não raro exercem atividade normativa. O legislador, além da atividade legisferante própria, julga e pratica atos administrativos.

Numerosos casos trazidos a esta Procuradoria ocasionaram dúvidas quanto à necessidade ou não de fazer-se a defesa do ato impugnado, em face dos termos restritivos do artigo 228 do C.O.J. e da possibilidade de vir o Estado a suportar os eventuais ônus da reparação patrimonial decorrentes da concessão do writ. Os mandados de segurança contra atos jurisdicionais praticados nas causas entre particulares claramente dispensavam a manifestação da Procuradoria. Mas, em outras hipóteses, embora o ato impugnado não emanasse de "autoridade administrativa estadual", aquela possibilidade de ser o Estado chamado a arcar com as conseqüências patrimoniais do ato tornavam indiscutíveis o seu interesse e a necessidade da intervenção da Procuradoria nos processos. Tais, v. g. os mandados de segurança impetrados contra atos administrativos praticados pelos órgãos diretores da Assembléia Legislativa e do Tribunal de Justiça. Registraram-se ainda mandados contra o protesto de título de crédito por serventuário da Justiça, contra o não oferecimento de denúncia criminal pelo M. P. e entre órgãos despersonalizados do Estado — todos predispondo a perplexidades.

A questão não é só de emitir pronunciamento pela admissibilidade ou não da ação de segurança, mas de saber-se da própria oportunidade da intervenção da Procuradoria-Geral do Estado para exercer a defesa do ato impugnado.

Era evidente a necessidade de um estudo mais profundo e completo da questão, dentro de parâmetros científicos, para dirimir, quanto possível, as dúvidas mais freqüentes.

O parecer do Procurador MILTON FLAKS examinou o problema com erudição e superior proficiência, demonstrando em primeiro lugar que a audiência da Procuradoria-Geral do Estado, determinada pelo artigo 228 do C.O.J., não se conflita com o art. 10 da Lei nº 1.533/51 ou com o art. 82, nº III, do C.P.C.; pelo contrário, deu-lhes a melhor interpretação. Dentro de um enfoque objetivista, o parecer conclui que a audiência da Procuradoria será necessária e indispensável quando esti-

ver em causa um ato de administração em sentido estrito, praticado por agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de pessoas jurídicas de direito público ou de pessoas jurídicas de direito privado no exercício de funções públicas delegadas. Após analisar o cabimento do mandado de segurança contra atos políticos, legislativos, judiciais e do Ministério Público, o parecerista induz à exegese mais adequada do dispositivo do C.O.J., conceituando "autoridades administrativas estaduais pelo seu real significado: órgãos ou agentes do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, com o poder de praticar atos decisórios materialmente administrativos, por força de competência originária ou delegada."

A formulação apresentada oferece, a meu ver, diretriz hábil e correta para orientar a intervenção da Procuradoria nos processos de "mandado de segurança contra autoridades administrativas estaduais". Pondo-me de inteiro acordo com os fundamentos e conclusões do parecer e considerando, além de sua importância prática o valor intrínseco do opinamento, proponho a Vossa Excelência que se julgar de bom alvitre, lhe dê caráter normativo.

Rio de Janeiro, 13 de dezembro de 1978.

Fernando Campos de Arruda
Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial

VISTO, de acordo com o parecer do Senhor Procurador MILTON FLAKS (fls. 14/44).

Reconhecendo, como bem assinala o Senhor Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial, o valor intrínseco do trabalho do ilustre Procurador, recomendo às Procuradorias especializadas sejam observadas, com respeito à matéria, as conclusões do excelente parecer.

Publique-se no Boletim (em resumo) e na Revista de Direito.

Rio de Janeiro, 13 de março de 1979.

Roberto Paraiso Rocha
Procurador-Geral do Estado

PARECER Nº 1/79-RLT

Isenção do ICM para os empreendimentos turísticos (convênio ICM 1/75). Revogação da Lei 2.155/72, respeitadas as isenções onerosas incorporadas ao patrimônio do contribuinte. Legitimidade dos Decretos 1043/76 e 1579/77, inclusive quanto à exigência de subscrição de ações da Flumitur.

proc.: E-11/894/78

INTERCONTINENTAL HOTELEIRA LTDA., operadora do Hotel Intercontinental Rio, solicitada seja revisto o ponto de vista firmado no processo nº E-11/478/78, segundo o qual o reconhecimento da isenção do ICM aos empreendimentos turísticos depende da subscrição de ações do capital da Companhia de Turismo do Estado do Rio de Janeiro — Flumitur, de conformidade com o art. 2º, inciso VI, do Decreto 1043/76, alterado pelo Decreto 1579/77. Esclarece que requereu o benefício fiscal sob a égide da Lei nº 2.155, de 1.12.72, que não exigia a subscrição de ações. Argumenta que o Decreto nº 1043/76, de natureza simplesmente regulamentar, não poderia criar exigências e impor obrigações que se não continham no texto da Lei nº 2.155/72, tanto mais que esta teve a sua eficácia preservada pelo Convênio ICM 1/75, ratificado pelo Decreto nº 28, de 18.3.75.

2. O Sr. Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Indústria, Comércio e Turismo manifestou-se favoravelmente à pretensão do contribuinte, por entender inaplicável ao caso o art. 2º, inciso VI, do Decreto nº 1043/76, com a nova redação dada pelo Decreto nº 1579/77, tendo em vista que o requerente se encontrava ao abrigo da Lei nº 2.155/72 (fls. 13/17).

3. O Sr. Procurador Gil Costa Alvarenga opinou contrariamente ao pedido, por lhe parecer que, no caso, inexistia direito adquirido, eis que a exigência do Decreto 1043/76 surgiu antes do reconhecimento da isenção.