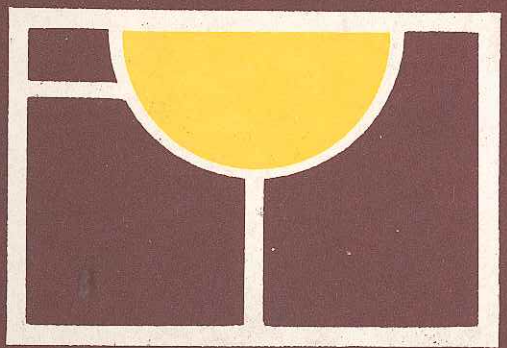
REVISTA DA CONSULTORIA GERAL DO ESTADO



Publicação do
Instituto de Informática Jurídica
Estado do Rio Grande do Sul

A Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul foi criada em 1971 pelo Prof. Orlando Giraldi Vanin, então Consultor-Geral do Estado. Tomou a feição atual em 1974, sendo Consultor-Geral do Estado o Prof. Mário Bernardo Sesta, quando passou a ser publicada pelo Instituto de Informática Jurídica.

REVISTA DA CONSULTORIA GERAL DO ESTADO

PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RCGE	Porto Alegre	v.9	nº 23	p. 1 a 176	1979

Revista da Consultoria-Geral do Estado.
v 1- n. 1- dez. 1971-
Porto Alegre, Consultoria-Geral do
Estado do Rio Grande do Sul, Instituto
de Informática Jurídica.
v. 23cm. quadrimestral.

Catalogação pela
Equipe de Documentação e
Divulgação da CGE

Os artigos de doutrina não representam, necessariamente, a posição da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

JOSÉ AUGUSTO AMARAL DE SOUZA
Governador do Estado

MÁRIO BERNARDO SESTA
Consultor-Geral do Estado

MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES
Consultor-Geral Adjunto do Estado

JORGE ARTHUR MORSCH
Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

CONSELHO DE REDAÇÃO

Maria Amália Dias de Moraes
Almiro Regis Matos do Couto e Silva
Manoel André da Rocha
Luiz Juarez Nogueira de Azevedo
Maurício Azevedo Moraes
Ana Maria Landell de Moura
Jorge Arthur Morsch
Antônio Estevão Allgayer
Eliana Donatelli de Moura
Rosa Maria Peixoto Bastos
Maria Izabel de Araujo Fonyat

Assistente

Laura Corrêa Oliveira

SUMÁRIO

Posse na Consultoria-Geral do Estado 10

DOUTRINA

JOSÉ ROBERTO DROMI
MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES — Contratação administrativa 27

ARROLDO WALD — Os fatos naturais no Direito Administrativo 47

A correção monetária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 59

PARECERES

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO
MÁRIO BERNARDO SESTA — Licitação 75

LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE AZEVEDO — Inconstitucionalidade parcial da Lei Complementar nº 5/1970 91

ANTÔNIO ESTEVÃO ALLGAYER
ALMIRO DO COUTO E SILVA
ALEXANDRE HENRIOUE GRUSZYNSKI
NEY SÁ — Inconstitucionalidade de leis estaduais mediante ação declaratória . . 111

Revogação de ato administrativo . . 119

JORGE ARTHUR MORSCH
MAURÍCIO AZEVEDO MORAES
JACOUES TÁVORA ALFONSIN
JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO
MARISA GRASSI
MÁRIO NUNES SOARES — Comodato de bens públicos 123

Tempo de serviço 127

Certidões em processos administrativos 133

Honorários advocatícios 137

Isenção da Taxa Rodoviária Única . 149

Taxa de calçamento 151

Função de assessoramento 159

Contribuição previdenciária 165

Reajuste de contrato de obra pública 171

POSSE NA CONSULTORIA-GERAL DO ESTADO

Nomeado pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, José Augusto Amaral de Souza, após ter seu nome aprovado pela Assembléia Legislativa, tomou posse no cargo de Consultor-Geral do Estado, no dia 23 de abril de 1979, o Professor Mário Bernardo Sesta.

Saudação ao Professor Mário Bernardo Sesta, proferida pelo Consultor-Geral Interino, Dr. Luiz Juarez Nogueira de Azevedo

Ainda e para sempre sob a impressão favorável do extremo carinho e acatamento com que fui recebido nesta Casa, dedico minhas primeiras palavras aos seus integrantes – quadro funcional, assessores, servidores de todos os níveis – louvando-lhes a eficiência e a contração ao trabalho e agradecendo-lhes pela atenção e bondade com que aqui fui acolhido como seu dirigente eventual. Asseguro-lhes que daqui levo uma impressão por mim antes jamais sentida de competência, de lealdade e de dignidade, que realmente honram e elevam o serviço público rio-grandense.

Dentro dos propósitos da organização estatal, atua a Consultoria-Geral do Estado em dois setores distintos, porém complementares entre si: o político, no sentido aristotélico, e o social.

Na frente política, através de qualificadíssimo corpo de advogados e consultores, exerce a procuradoria do Estado em juízo, constrói a jurisprudência administrativa estadual e preside o processo administrativo, pondo em prática o chamado direito público disciplinar, e aplicando-o aos casos concretos de violação dos deveres funcionais. Além disso, levando em conta serem os Municípios por definição unidades político-administrativas do Estado, presta-lhes assistência e orientação jurídica.

No plano social, em que, por essência, o fator político está inserido, a Consultoria-Geral do Estado atua diretamente junto à área popular quando exercita a função relevantíssima que consiste em garantia constitucional erigida no art. 153, § 32, da Carta Magna Federal, que repete as anteriores quando assegura aos necessitados assistência judiciária gratuita.

Tal escopo resulta em que ninguém, por mais humilde, desprotegido ou inerme que seja, possa ser processado sem que lhe seja assegurada defesa efetiva, cabal e eficiente, através de advogado do Estado, denominado ora advogado de ofício, ora defensor público.

Refletindo o pioneirismo de nosso legislador, foi criada no ano de 1965, por diploma estadual, e tendo como seu primeiro titular o hoje Ministro JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, a Consultoria-Geral do Estado. Através dos dois segmentos fundamentais que integram a sua estrutura, sempre se desincumbiu com extraordinária proficiência desses dois misteres, inobstante contar com quadros reduzidos que não lhe permitiram até agora atingir por inteiro o interior do Estado na tarefa socialmente significativa, quiçá a mais relevante de que se incumbe, da assistência judiciária aos necessitados.

Trabalho de tal magnitude principiou a ser encetado pelo Dr. MÁRIO BERNARDO SESTA em sua primeira gestão à frente deste Órgão, quando planificou e deu estrutura legal à nova carreira de assistente judiciário, que deve ser constituída por advogados da mais alta qualificação técnica, distribuídos por regiões sócio-econômicas, de modo a ser coberto pela assistência judiciária todo o território do Estado.

E agora, quando, graças à visão superior de estadista do Governador AMARAL DE SOUZA, MÁRIO BERNARDO SESTA é reconduzido à chefia desta Instituição, revigoram-se as esperanças de todos em que será dado curso dinâmico à idéia. É de que, governo sensível às necessidades dos humildes e carentes, o de AMARAL DE SOUZA, de par com o atendimento dos anseios de bem-estar material de nossa gente – traduzidas no trinômio habitação, educação e nutrição – lhe assegurará também a satisfação do ideal de justiça.

Bem sabemos que o ideal de justiça, para ser satisfeito, não se reduz à existência de bons advogados, nomeados pelo Estado, mas se estende também ao melhor aparelhamento material e pessoal do próprio Poder Judiciário, e na dotação dos fatores necessários a que a prestação jurisdicional seja rápida e eficiente, propósito de que cuida permanentemente o nosso Egrégio Tribunal de Justiça.

É imenso o júbilo de todos quantos labutam nesta Casa pelo retorno ao seu comando da figura respeitável do Professor MÁRIO BERNARDO SESTA. Sua projeção nos meios jurídicos do País, aliada a um invulgar tirocínio administrativo e a uma extraordinária sensibilidade social e política são o penhor do Rio Grande de que este venha a ser o momento a partir do qual se valorizarão ainda mais os quadros e funções da Consultoria-Geral do Estado no concerto da administração estadual.

A responsabilidade dos juristas avulta neste instante da vida nacional em virtude do refluxo das instituições ao seu leito democrático. O primado incontestável do direito e o restabelecimento pleno das garantias individuais devolvem ao jurista o seu prestígio como fator da paz social e da harmonia entre as gentes.

Por isso tudo é que esta é hora de júbilo e de esperanças renovadas, que extravasam dos corações e das mentes de todos nós, sacerdotes e devotos da religião do Direito, quando esta Consultoria-Geral, templo por excelência do culto do Direito, recebe novos auspícios, novas idéias e novo dirigente, na pessoa do Dr. MÁRIO BERNARDO SESTA.

Vem ele consagrado não somente pela nomeação executiva, mas também, e principalmente, pela sagração dos representantes do povo rio-grandense, o que faz com que redobre a sua autoridade e também a sua responsabilidade.

A autoridade ele a exercitará com isenção, comedimento e sabedoria; a responsabilidade será o guia dos seus passos e das suas atitudes de servo, cumpridor e intérprete qualificado da lei.

Sob esses auspícios e intenções que sei serão cumpridos com rigorosa exação, é que transmito, nesta ocasião solene, sob as palmas de todo o mundo jurídico rio-grandense, a direção suprema da Consultoria-Geral do Estado ao Professor MÁRIO BERNARDO SESTA.

Discurso de posse do Consultor-Geral do Estado, Mário Bernardo Sesta

Senhoras e Senhores:

É sumamente dignificante, mas certamente não menos onerosa, a missão com que me distinguiu o Excelentíssimo Senhor Governador Amaral de Souza, e em que agora fui investido, de chefiar a Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

Sendo, como efetivamente é, o maior e mais importante escritório jurídico do Estado, quer pela relevância do interesse público que defende, quer pela expressão econômica dos litígios em que intervém, quer pela amplitude e diversidade das matérias sobre que opina consultivamente, quer, finalmente, pelo alcance social da advocacia gratuita que lhe incumbe, desde logo se evidenciam não só os níveis de eficiência que dela se esperam mas, também, seu inestimável papel como centro irradiador da ciência do Direito.

E, na medida em que a Consultoria-Geral, por ser o maior e mais importante escritório jurídico do Estado, deve, também, assumir seu papel de Centro irradiador da Ciência do Direito, ressalta, a par de sua importância técnica e administrativa, sua importância cultural e política, especialmente nesta época em que cresce a busca generalizada de melhores e mais sofisticados padrões institucionais capazes de assegurar, cada vez com mais eficiência, a ordem, a justiça e a paz.

De um lado, a nível nacional, o aperfeiçoamento institucional em curso, tendente a redefinir, em termos mais adequados, ao tempo presente, o interrelacionamento dos termos do binômio democrático.

De outro lado, a nível mais amplo e mais profundo, mas nem por isso menos nosso, deparamo-nos com inquietação generalizada que o vertiginoso processo de modernização de nosso tempo provoca, tanto nas economias de mercado quanto nas de comando e, ainda, nas formas híbridas, inquietação que transcende os limites de cada país e de cada sistema, que transcende o terreno da economia e mesmo da política, para transbordar numa ampla crise de valores que se precipita no íntimo dos indivíduos e prenuncia, com o raiar do segundo milênio, um novo renascimento.

Nesse contexto, cada vez maior se torna a importância do Direito, eis que, como diz Eduardo Couture "... até agora o homem não encontrou, em sua longa e comovente aventura sobre a terra, nenhum instrumento que melhor lhe assegure a convivência"

Assumo, pois, a Consultoria-Geral do Estado convicto da permanente e cada vez mais presente supremacia do Direito como instrumento de um convívio

dignificante; convicto da supremacia de um Direito que não e fim, mas instrumento; de um Direito que se expressa, mas não se exaure, na letra da lei; de um Direito aquecido ao calor da Humanidade, impregnado e votado a realizações da Justiça.

O lidador do Direito, posto que conservador pela própria natureza de suas funções, como diz Ripert, deve saber conviver com o presente e vislumbrar o futuro para poder sempre assegurar o indispensável primado do Direito; primado do Direito sobre a ciência; primado do Direito sobre o plano; em defesa do indivíduo numa civilização onde as exigências do consumo impõem o desvio para as metas materialistas do bem-estar em detrimento da meta maior, que é o bem comum.

Plenamente identificado com o pensamento político do Excelentíssimo Senhor Governador Amaral de Souza, pela busca consciente e engajada de uma Sociedade mais solidária, menos materialista e menos desigual, darei todo meu empenho na efetivação, no setor que me cometeu, de suas diretrizes administrativas.

Nesse sentido, vale ressaltar, sobremodo, a preocupação com as parcelas mais carentes de nossa comunidade, especialmente as que se aglomeram precariamente na periferia dos maiores centros urbanos, impondo, no que compete a este órgão, uma redinamização da assistência judiciária, a fim de que possa atender melhor e a um número sempre maior dos usuários a que se destina.

Com minha expressão de fidelidade, desejo externar ao Excelentíssimo Senhor Governador meu agradecimento pela distinção e pela confiança da escolha.

Agradeço, outrossim, a aprovação que meu nome mereceu da Egrégia Assembléia Legislativa do Estado, assegurando aos Excelentíssimos Senhores Deputados meu empenho em não desmerecer sua aprovação, imprimindo a meu trabalho a mesma disposição, leal e conciliatória, que caracteriza o Governo a que muito me honra pertencer.

Agradeço profundamente as lisonjeiras referências sobre mim aqui e agora expressas pelo meu ilustre e fidalgo antecessor, Prof. Luiz Juarez Nogueira de Azevedo, referências nascidas do prisma aumentativo da fraternal amizade que nos une e que sobremodo me honra.

Em nome do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, e já agora em nome da Consultoria-Geral, desejo expressar o agradecimento pelos relevantes serviços prestados pelo Prof. Luiz Juarez Nogueira de Azevedo como Consultor-Geral do Estado.

Breve mas profundamente marcada sua passagem neste cargo, deixa o sinal de sua cultura, de sua lealdade, de sua fidalguia e de sua alta sensibilidade política, de tal sorte que sua colaboração mais próxima não poderá absolutamente ser dispensada.

Orgulhoso em pertencer aos quadros desta Consultoria-Geral, quero expressar a certeza de que todos os seus servidores haveremos de somar nossos esforços com vistas a atingir níveis de eficiência sempre melhores, e assim consagrar o nome já respeitado deste Órgão.

Desejo, ainda, e de modo muito particular, agradecer o apoio que venho recebendo da Associação dos Consultores Jurídicos do Estado, esperando contar sempre com sua participação ativa em todas as decisões que envolvam a política do Órgão.

Agradeço, finalmente, a presença tão confortadora e importante de todos quantos aqui se fazem presentes, para prestigiar este ato.

MUITO OBRIGADO.

CURRICULUM VITAE do Consultor-Geral do Estado

NOME: MARIO BERNARDO SESTA
FILIAÇÃO: Giuseppe Sesta e Zara Ana Maria Tosi Sesta
DATA DE NASCIMENTO: 23 de junho de 1941
NATURALIDADE: Porto Alegre-RS

– CURRÍCULO –

1. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Porto Alegre, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, tendo colado grau em 1963; inscrito na OAB, Secção do Rio Grande do Sul, sob o nº 3.144;

2. Assessor Jurídico no Gabinete do Diretor-Geral do Tesouro do Estado (1964-1965);

3. Consultor Jurídico da Companhia de Habitação do Estado do Rio Grande do Sul – COHAB-RS (1965 a 1968);

4. Chefe da Consultoria Jurídica da Companhia de Habitação do Estado do Rio Grande do Sul – COHAB-RS (1968);

5. Assessor Jurídico da Federação da Agricultura do Estado do Rio Grande do Sul – FARSUL (1967-1968);

6. Consultor Jurídico do Estado, classe "D", aprovado em concurso público de provas e títulos, em exercício desde 1968;

7. Membro do Gabinete de Assessoramento Jurídico – GAJ, do Consultor-Geral do Estado (1967 a 1971);

8. Subchefe para Assuntos Jurídicos e Legislativos da Casa Civil do Gabinete do Governador do Estado (1971 a 1974);

9. Diretor do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, do qual foi fundador (1975);

10. Consultor-Geral do Estado, nomeado mediante aprovação da Assembléia Legislativa Estadual – Resolução nº 1730, de 3 de dezembro de 1974 (1974-1975);

11. Membro do Conselho Superior da Consultoria-Geral do Estado desde 1975;

12. Presidente do Conselho Superior da Consultoria-Geral do Estado (1975);

13. Consultor Jurídico do Gabinete do Vice-Governador do Estado (1975-1979);

14. Membro da Comissão Organizadora da Revista da Consultoria-Geral do Estado (1975-1979);

15. Consultor Jurídico do Projeto Assessoria GAPLAN, no convênio existente entre a Secretaria da Coordenação e Planejamento do Estado e o Instituto de Estudos Sociais, Políticos e Econômicos – IESPE, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1975-1976);

16. Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, desde 1966;

17. Diretor-Bibliotecário do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (1968 a 1970);

18. Membro da Comissão designada pelo Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul para apreciar o anteprojeto da Constituição Federal de 1967 tendo integrado a "6ª Comissão Poder Executivo" sob a presidência do Doutor Camilo Martins Costa (1966);

19. Estagiário-bolsista do Instituto de Direito Público, da Faculdade de Direito de Porto Alegre, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, tendo sido aprovado com primeiro lugar no concurso respectivo (1962);

20. Aluno laureado da turma de 1963 de Bacharéis em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Porto Alegre da UFRGS;

21. Aprovado em exame para ingresso no corpo docente da Faculdade de Direito de Porto Alegre da UFRGS – Instituto de Direito Público (1966);

22. Professor-Assistente do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da UFRGS, tendo ingressado no corpo docente desse estabelecimento em 1968;

23. Aprovado em primeiro lugar em concurso público de provas e títulos para o cargo de Professor-Assistente em área especifica de ensino, na Faculdade de Direito de Porto Alegre, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS;

24. Membro do Colegiado do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da UFRGS, por dois mandatos (1972-1973);

25. Aprovado com excelência no Curso de Especialização em Direito Privado, com defesa de Tese, realizado pela Faculdade de Direito da UFRGS, correspondendo ao Certif. nº 14, registrado á fls. 82 do Livro RC-2 da Reitoria;

26. Professor-Regente de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (1967);

27. Professor-Regente de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (1965-1968);

28. Professor Titular do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em exercício desde 1968;

29. Chefe do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, por três mandatos (1975, 1976, 1977);

30. Paraninfo da Turma de Bacharelandos da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1972);

31. Chefe da Casa Civil Substituto (1971-1974);

32. Diretor-Geral e depois Chefe de Gabinete da Presidência da Federação da Agricultura do Estado do Rio Grande do Sul, na gestão Luiz Fernando Cirne Lima (1968);

33. Secretário-Geral da Comissão Executiva para as Comemorações do Centenário da Imigração Italiana (Decreto nº 22.410, de 22 de abril de 1973);

34. Agraciado pelo Governo do Estado, em 1974, com a Medalha de Serviços Distintos (Decreto nº 8.150, de 20 de agosto de 1957);

35. Presidente da Comissão de Fundadores das:

- Companhia de Desenvolvimento Industrial e Comercial do Rio Grande do Sul – CEDIC;
- Companhia Riograndense de Turismo – CR-TUR;
- Companhia Riograndense de Nitrogenados – CRN;
- Fundação Riograndense de Atendimento ao Excepcional;
- Fundação Metropolitana de Planejamento – METROPLAN;
- Instituto de Tradição e Folclore;
- Companhia Estadual de Desenvolvimento Regional e Obras Públicas – CEDRO;
- Central Vinícola do Sul – VINOSUL S/A;
- Companhia dos Terminais Pesqueiros do Rio Grande do Sul – COTEPE;
- Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul – PROCERGS.

36. Presidente do Conselho Superior da Consultoria-Geral do Estado;

37. Diversos trabalhos científicos publicados;

38. Advogado em Porto alegre.

39. Consultor-Geral do Estado, nomeado por Resolução nº 3/79, da 30ª Sessão da Assembléia Legislativa, em 11 de abril de 1979.

CURRICULUM VITAE do Consultor-Geral Adjunto

NOME: MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES
NASCIMENTO: 29 de maio de 1940 – Vacaria – RS
FILIAÇÃO: Franklin Ferreira de Moraes e Elvira Dias de Moraes

CURSOS

1. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Ano 1964.

2. Curso de Direito Municipal Brasileiro ministrado na Faculdade de Direito da UFRGS, com duração de um semestre e aprovação mediante Trabalho de Conclusão, Ano 1966.

3. Curso sobre "SEGURANÇA NACIONAL E DESENVOLVIMENTO", promovido pela Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra. Duração: de 28/07 a 06/12 de 1971.

CARGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

4. Concurso público de títulos e provas para o cargo de Advogado de Ofício, do Estado. Aprovada e classificada, foi nomeada, tendo desistido da nomeação. Ano 1966.

5. Concurso Público de títulos e provas para o cargo de Consultor Jurídico do Estado. Aprovada, classificada e nomeada, assumiu em janeiro de 1967, estando no exercício do mesmo até a presente data.

6. Função de Assistente Técnico da Divisão de Assistência Jurídica aos Órgãos Estaduais, da CGE. Ano 1967.

7. Assessora Especial para assuntos jurídicos da Casa Civil do Gabinete do Governador. De 15 de março de 1971 a 2 de maio de 1979.

8. Designada para integrar o Gabinete de Assessoramento Jurídico, órgão superior da Consultoria-Geral do Estado, a partir de 1969.

9. Membro da Banca Examinadora do concurso para provimento de cargos de Advogado de Ofício, para a disciplina "Direito Administrativo". Ano 1969.

MAGISTÉRIO E OUTRAS ATIVIDADES

10. Professora fundadora e titular da disciplina Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Ano 1967, em exercício até a presente data.

11. Professora fundadora e titular da disciplina Direito Administrativo, da mesma Faculdade. Ano 1970, em exercício até a presente data.

12. Vice-Presidente do Departamento de Estudos Propedêuticos e Direitos do Estado, do Centro de Ciências Jurídicas da UNISINOS. Ano de 1971.

13. Chefe do Departamento de Direito Privado, do mesmo Centro, por sucessivas eleições. Anos 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1977, 1978 e 1979.

14. Membro da Comissão de Reforma do Currículo do Curso de Direito. Ano 1972.

15. Membro da Congregação da Faculdade de Direito Rio dos Sinos. Anos 1967 a 1970.

16. Membro do Conselho Departamental do Centro de Ciências Jurídicas da UNISINOS. Anos 1972 a 1978.

18. Profassora efetiva do Curso de Aperfeiçoamento de Preparação à Judicatura, promovido pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, da disciplina de Direito Civil. Anos 1973 e 1975.

18. Membro da Comissão Julgadora das monografias inscritas ao Prêmio Nacional Des. ANDRÉ DA ROCHA, patrocinado pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Ano 1977.

19. Professora de Direito Administrativo do Curso Superior de Polícia Militar, da Academia de Polícia Militar do Rio Grande do Sul. Ano 1975.

20. Participação no 1º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Curitiba, de 24 a 28 de fevereiro de 1975, como representante oficial do Estado.

21. Participação do IIº Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado no Rio de Janeiro, de 11 a 15 de julho de 1976, na mesma qualidade.

22. Participação no Iº Congresso Latino-Americano de Derecho Y Realidad Constitucional en America Latina, realizado na cidade do México, de 25 de agosto a 2 de setembro de 1975.

23. Conferência sobre "Direito Constitucional", no IIº Curso de Formação Política, promovido pelo IFEP, no plenário da Assembléia Legislativa. Em 29 de agosto de 1973.

24. Conferência sobre "O Telos da Constituição", no IVº Curso de Formação Política do IFEP. Em 25 de julho de 1974.

25. Conferência **"Autonomia Privada e Negócio Jurídico"**, no 1º Seminário de Direito Civil, promovido pelo Centro Acadêmico Visconde de São Leopoldo e Instituto dos Advogados, no salão do júri, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em 8 de julho de 1975.

26. Conferência **"Os fatos Administrativos"**, no IIº Simpósio Interdisciplinar de Direito, promovido pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

27. Membro da Comissão Examinadora do Concurso para Professor Assistente de Direito Administrativo, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Março de 1978.

28. 1ª Presidente da Associação dos Docentes da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – ADUNISINOS – com mandato até março de 1980.

29. Presidente da Banca Examinadora do Concurso para Professor Auxiliar de Ensino de Direito Civil, do Centro de Ciências Jurídicas da UNISINOS. Abril de 1979.

DOUTRINA

CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA

JOSÉ ROBERTO DROMI
Professor de Direito Administrativo
da Universidade de Mendoza

1. Caracterização e finalidade

A contratação administrativa municipal tem natureza de ferramenta jurídica à semelhança das formas jurídicas administrativas, a empresa pública e o procedimento administrativo.

A contratação pública não é um fim em si mesma, é um instrumento processual do qual se necessita para utilizar meios, **visando ao bem público**, a ser atingido pelo Município.

Dizemos **ferramenta processual** porque não tem um fim em si, nem a contratação, nem a licitação. Não são um fim do Estado, mas, sim, precauções processuais às quais se recorre na busca de colaboração, na procura de um contratante que preste um serviço ou execute uma obra pública. O Estado não pode fazer tudo e tem que recorrer à ação indireta de "uniones vecinales" (1), contratados, concessionários, consórcios, câmaras de comércio e indústria, cooperativas de serviço público, etc.

O contrato se caracteriza por essa **bilateralidade** entre o Estado e o terceiro que há de prestar um serviço ou executar obra de interesse público. Essa é a finalidade. Por isso, quando pensamos no contrato, não podemos perder de vista esta perspectiva que orienta toda a contratação administrativa.

Este tema, como outros, pode ser enfocado desde a perspectiva trialista de **existência**, **norma** e **valor**. Sempre temos o que **"é"**, o que **"pode ser"**, o que **"deve ser"** e o que **"queremos que seja"**. O enfoque desde estas quatro perspectivas, ser, dever ser, poder ser e querer ser, permite-nos um amplo dimensionamento jurídico axiológico, valorativo e político dos instrumentos que o Direito oferece para o trabalho público.

2. Monismos ou dualismos?

Melhor esclarecendo o que parece um jogo de palavras, no que se refere a contratos, não se trata de uma ferramenta ou instrumento **neutro**. Na contratação pública há um profundo **conteúdo ideológico**, segundo os instrumentos que se utilizem. Porque neste tema, como em tantos outros, existem os antagonismos, ambivalências, antinomias e dualismos. Temos muitas realidades deste tipo, e se

(1) Conforme esclarecimento do autor, a expressão "uniones vecinales" corresponde a entidades públicas não estatais que colaboram com o Município. (Nota do tradutor).

Tradução de "Contratación Administrativa ' (Mendoza, agosto 1978), autorizada pelo autor. Tradução de Jorge Arthur Morsch.

nos projetarmos até a História nos defrontamos com "patriotas e realistas", "unitaristas e federalistas", "civilização e barbárie", "Nação e Província", "porto e campo", "metrópole e interior", "portenhos e provincianos", e se nos projetarmos até o plano da **Ciência Geral do Direito**, os dualismos se dão entre "Direito Positivo e Direito Natural", "direito objetivo e subjetivo", "direito de fundo e de forma", "direito público e privado" (Ver MANS PUIGARNAU, Hacia una Ciencia General del Derecho. Meditaciones ante el panorama jurídico, Barcelona, 1970, 3ª ed., Bosch), e, no plano específico da **contratação pública**, o monismo ou a uniformidade de regime jurídico enfrenta os dualismos da heterogeneidade metodológica, colocada entre: 1) contrato administrativo ou ato administrativo bilateral?; 2) contrato administrativo ou privado da administração?; 3) contratos administrativos estatais e/ou não astatais?; 4) contratos administrativos "administração--administração", ou "administração-administrados"?; 5) contratos preparados por procedimentos públicos (por exemplo, licitação pública) ou por procedimentos privados (por exemplo, contratação direta)?; 6) contratos de prerrogativas ou garantias?; 7) contratos administrativos com ou sem conteúdo patrimonial?; 8) contratos administrativos aperfeiçoados pela livre vontade ou por adesão, 9) contratos administrativos de regulação processual uniforme ou diversa, e 10) o contrato administrativo é um fim ou um meio jurídico?

Este decálogo jurídico da contratação pública hierarquiza a colocação formal do tema, embora dilua sua importância substancial, porque todas as interrogações têm o rigor científico que o monismo e a simplificação jurídica impõem no século XX, com vistas à unidade da Ciência do Direito.

Estas antinomias, por fim, vão provocando uma **divisão do unitário**; porém, em certos casos, as colocações formais de distinto enfoque, relativamente às ferramentas jurídicas que utilizamos, como o serrote do carpinteiro, não mudam, da mesma forma que todo o meio, a natureza da madeira, em suma, a substância mesma, objeto do trabalho humano, sobretudo quando essas ferramentas empregadas não são neutras, e estão carregadas de conotações políticas. Por exemplo, em matéria de contratação pública, o procedimento da **licitação pública** condiz com os regimes políticos **liberais,** de abundantes garantias para os administrados, enquanto os procedimentos de **contratação direta** são, em princípio, próprios dos regimes políticos **intervencionistas.**

3. Existe um regime especial para as contratações municipais?

Na legislação local não existe um regime específico para as contratações locais ou municipais, como existe em outros sistemas jurídicos, como no espanhol. Cremos que nem deve existir, pelas seguintes razões: 1) em nosso regime normativo as contratações municipais estão ragradas, em princípio, pela legislação provincial: as obras públicas, pela Lei 1926; os fornecimentos, compras e serviços, pelo Decreto nº 6061; o emprego público, pelo Decreto-Lei 560/73; o empréstimo, pelas normas constitucionais da Província. 2) Não faz falta criar um sistema autônomo e independente para as contratações municipais. Em muitos Estados de conformação política descentralizada, por exemplo na Espanha, como dissemos, existe uma normação isolada ou específica para as contratações locais que se façam. Não cremos seja conveniente entre nós este sistema, porque nossa realidade é sensivelmente distinta. 3) A uniformidade legislativa, mesmo quando

proporcione um indício de racionalidade ou unificação e formalismo, não é um sintoma que prive de autêntica autonomia ou independência a nenhum governo municipal; pelo contrário, há municípios cuja autonomia é inquestionável por sua significação política (por exemplo, Rosário, Avellaneda, Bahia Blanca, etc.), que não necessitam para isso de um regime especial de contratações; de outro lado, outros municípios nunca terão dimensão autonômica, nem sequer autárquica, por conotação política própria, embora possam ter seu próprio sistema contratual.

Está presente em nosso país uma **vocação legislativa de unificação** das ferramentas processuais para o Estado; por exemplo, o projeto do CIMOP da lei de obras públicas, para que exista na Argentina um sistema unitário de "obra pública", desde Quiaca à Terra do Fogo e desde os Andes ao Prata. Claro está, sempre e quando isto não importe em renúncia à nossa tradição histórica, porque esta atitude racionalista de cunho normativo ou de unificação de sistemas de contração não pode entorpecer nossa tradição jurídico-política, que estão enraizados no próprio regime constitucional (por exemplo, o art. 37 da Constituição de Mendoza). Especificamente na legislação da Província de Mendoza, os artigos 37, 202, inciso 5º e 7º da Constituição, acordes com a Lei de Contabilidade nº 3799, art. 28, e a Lei 1926, de obras públicas, art. 8º, assinalam o princípio da licitação pública como procedimento-regra em matéria de contratação. Igualmente, a lei orgânica de municípios nº 1079, em seus artigos 73, inciso 9º e 105, inciso 18, regula a competência orgânica em matéria de licitação e contratação pública, estando vigente na atualidade, em razão da emergência institucional, a Lei 4230, da Direção Geral de Assuntos Municipais.

4. O contrato como técnica administrativa de colaboração

A raiz histórica e social das **manifestações contratuais** é inquestionável, tanto no âmbito privado como no público, já que a sociedade, na medida de seu indefectível incremento demográfico e o conseqüente e paralelo crescimento das necessidades coletivas, exige e reclama dia a dia novos serviços públicos, que intensificam o processo da intervenção estatal, seja ela direta (substitutiva) ou diretiva (de fiscalização e orientação), que evidencia o papel preponderante que exerce a administração pública, que, através do tempo, põe de manifesto a ampliação qualitativa e quantitativa de uma estrutura orientada teleologicamente para alcançar a cobertura das necessidades da comunidade, envolvendo sempre e deste modo um propósito de conveniência geral, comum ou pública.

Em conclusão, o contrato é um negócio jurídico de grande importância e utilidade, que cumpre uma função sócio-econômica, tanto na órbita privada como no âmbito público; por isso, o Estado, em suas atribuições, em sua gestão e atividade, não se subtrai à vigência e ao impulso do contrato. Por isso, a afirmação de Otto Mayer, de que o Estado sempre manda unilateralmente, constitui uma hipótese arbitrária que, de maneira alguma, se compadece com a realidade (Forsthoff).

A tarefa administrativa estatal requer **a colaboração voluntária** de particulares e outros entes públicos, seja em forma ampla, por intermédio de um acordo criador, seja em forma limitada, por adesão. Se a colaboração fosse forçada daria lugar ao múnus público ou prestação pessoal obrigatória (Marienhoff).

A administração, ou melhor dito, os órgãos estatais, no exercício da função administrativa, nem sempre procedem por via **unilateral**, mediante atos administrativos, mas, com freqüência, chegam a um acordo com os administrados e outros entes jurídicos (públicos, privados, estatais ou não estatais), celebrando atos **bilaterais** ou **plurilaterais**, de natureza muito distinta. Seus múltiplos e complexos fins obrigam o Estado à celebração de numerosos atos jurídicos, solicitando a participação dos particulares e também de outros entes públicos, para fazer mais eficiente sua ação na função administrativa. Esta classe de relações, nascidas de um intercâmbio de consentimentos (livre ou condicionado, segundo os casos), entre o Estado e os particulares, são as técnicas preferentemente utilizadas pela administração, a fim de obter dos administrados a colaboração indispensável para o cumprimento de seus próprios fins (Sayagués Laso).

O contrato é, em suma, uma das **técnicas de colaboração** dos administrados com a administração em matéria de fornecimentos, serviços públicos, obras públicas, etc. Quem contrata com a administração, como assinala Bernard Geny, não é um contratante ordinário, mas um colaborador que coopera com a administração, embora atuando em situações de subordinação econômico-jurídica, com respeito às pessoas públicas estatais (La collaboration des particuliers avec L'Administration, Paris, 1930).

A mesma incidência do interesse público no contrato administrativo faz com que a administração e o co-contratante não sejam considerados somente simples partes que negociam, "mas também colaboradores que se encontram", mesmo quando perseguem propósitos distintos (Flame en RAP, Madrid, 1956, nº 21).

5. **Denominação**

Não existe harmonia doutrinária nem legislativa quanto à sua denominação, e assim são chamados "contratos administrativos", "contratos do Estado", "contratos públicos", "acordos administrativos", etc. Também se costuma distinguir entre os contratos da Administração e os contratos administrativos. Nós falamos de **contratos administrativos**, da Administração ou **na função administrativa**, acima da polêmica desnecessária para individualizar e diferençar os contratos civis da Administração dos contratos administrativos típicos

6. **Conceito**

O contrato público, ou o negócio jurídico de Direito Público, é um eficaz instrumento jurídico para o desenvolvimento da ação estatal, na ordem interna e internacional. Ele se estabelece por um **acordo criador** de relações jurídicas, ou, com o simples **consentimento por adesão** do particular a relações previamente estabelecidas pela Administração. Todas as formas de gestão indireta de serviços públicos têm uma base comum no prévio contrato, como técnica jurídica de colaboração que, por excelência, harmoniza esferas de interesses substancialmente diversas, no caso as da Administração e seus co-contratantes.

Conceitualmente, entendemos que o contrato da Administração é "um ato de declaração de vontade comum, produtor de efeitos jurídicos entre um ente em exercício da função administrativa e um particular ou outro ente público, estatal ou não".

A caracterização do contrato da Administração Pública resulta:

a) **Do projeto do contrato.** Isto é, as obras e serviços cuja realização e prestação constituem precisamente os fins da Administração.

b) **Da participação de órgão estatal ou ente público não estatal no exercício da função administrativa**. A presença da Administração como uma das partes contratantes é uma condição indestrutível. Em todo contrato administrativo, uma das partes contratantes é o Estado ou um ente público.

c) **Das prerrogativas especiais da Administração quanto a sua interpretação, modificação e resolução**. Na Lei de Contratos do Estado da Espanha, texto aprovado pelo Decreto 923/65, se dispõe tal tipificação nos artigos 1º e 16.

7. **Sujeitos: as partes do contrato.**

O contrato da Administração, ou na função administrativa, é um acordo de vontades, no qual uma das partes pelo menos é o Estado, por intermédio de um órgão estatal no exercício da função administrativa, ou outro ente público que recebeu poderas do Estado. Em outros termos, na contratação administrativa, uma das partes, um dos sujeitos da relação jurídica, é sempre a Administração, isto é, um órgão estatal, ou não estatal, atuando em função administrativa (Roherssen di Cammenata).

São sujeitos dos contratos públicos, de um lado, a Administração, em qualquer de seus graus ou classes, e, do outro lado, os particulares, individual ou coletivamente, ou, também, a Administração mesma.

Em síntese, podem ser sujeitos da contratação administrativa:

a) as pessoas físicas ou naturais;
b) as pessoas jurídicas privadas;
c) as pessoas jurídicas públicas, estatais ou não estatais.

8. **O Estado como sujeito do contrato**

Portanto, podem ser sujeitos dos contratos da Administração o Estado Nacional, as províncias, os municípios, entidades autárquicas, empresas do Estado, corporações públicas, consórcios públicos, juntas vicinais públicas, mancomunidades municipais, etc. Em todos os casos, os princípios aplicáveis são os mesmos, as regras são análogas, seja o ente público interveniente o Estado, as províncias, municípios, etc.; as soluções somente variam em seus aspectos regulamentares.

Conforme já assinalamos, entre os órgãos competentes para celebrar contratos da Administração encontram-se os órgãos executivo, legislativo e judiciário; porém, estes dois últimos só enquanto exercem, no caso, a função administrativa.

O órgão executivo é competente e está autorizado a celebrar contratos na medida em que tem a seu cargo a administração geral do País (artigos 86, inciso 1º e 13, da Constituição Nacional). O órgão legislativo é competente por expressa

disposição constitucional para contrair empréstimos (artigos 4º e 67, inciso 3º da Constituição Nacional); na outorga de concessões temporárias de privilégios, para os fins que prevê o art. 67, inciso 16, **in fine**, da Constituição Nacional, e para a designação de certos agentes no contrato de emprego público.

O órgão judicial também pode celebrar contratos no exercício da função administrativa (por aplicação do art. 99 da Constituição Nacional).

No seu caso, os contratos celebrados pelo órgão legislativo podem, de alguma forma, ser complementados pelo órgão executivo, emitindo o pertinente decreto executor da lei (art. 86, inciso 2º, da Constituição Nacional) quando a celebração do contrato for acordada por lei.

9. **Procedimento, pré-contrato e contrato da Administração**

O procedimento de formação da vontade administrativa contratual (pré-contratual) não se confunde com o contrato, que é resultado do encontro daquela com a vontade do co-contratante (pessoa física ou jurídica, privada ou pública, estatal ou não-estatal). O vínculo contratual somente nasce quando se enlaçam a vontade do Estado e a do co-contratante, pelo procedimento legal previsto para o caso.

Devemos distinguir, por isso, um **procedimento pré-contratual**, prévio ao contrato, de formação ou preparação do contrato, e um **procedimento contratual**, ou de execução.

Os atos, fatos, regulamentos e simples atos da Administração, ditados ou executados na preparação da vontade administrativa contratual, se incorporam unitariamente, embora de maneira separável, num procedimento administrativo de conformação da vontade estatal contratual. Por isso, as regras e princípios que regem a intervenção dos interessados na "preparação e impugnação" da vontade administrativa (procedimento administrativo regido na órbita nacional pela lei 19.549 e decretos 1.759/72, 9.101/72 e 1.744/73 e na órbita provincial pela Lei 3.909) são também aplicáveis à atividade administrativa pré-contratual (de preparação da vontade) e contratual propriamente dita (de execução da vontade).

10. **Pré-contrato da Administração**

Todo contrato da Administração exige um período preparatório, pois, por ser exteriorização da atividade humana, forçosamente responde a diversos aspectos dela: ideação, deliberação, decisão, formalização, execução, etc. Porém, não é a esta fase interna, necessariamente individual, que se alude ao falar da atividade preparatória do contrato (Jaime Briz, La contratación privada, Madrid, 1966, cap. IV).

O pré-contrato, ou período preliminar ao contrato, além das meras tratativas prévias – ou os **"pourparlers"** como os chama a doutrina francesa –, supõe uma comunicação recíproca entre os futuros contratantes, exteriorizada por manifestações volitivas das partes que antecipam um contrato por vir, que, embora não

possam ainda qualificar-se de vontades contratuais, como apresentação e recepção de oferta, recusa de oferta, retirada de oferta, exclusão de ofertante, etc. – as quais veremos mais adiante, ao estudar as diversas fases da licitação pública –, engendram um vínculo jurídico obrigacional com todas as conseqüências que, predicativamente, ele implica (Orgaz., 11-t 75, p. 230 – Spota JA. 58-109-421 e JA 46-975).

As tratativas prévias não criam, por si sós, nenhuma vinculação jurídica enquanto não se estabelecer uma comunicação recíproca de vontades a nível pré-contratual, mediante alguns dos atos separáveis referidos. Estes, como alternativa prévia ao contrato, geram uma relação jurídica, um vínculo regulado pelo direito, com efeitos jurídicos recíprocos implicados nos direitos e deveres de cada parte. Por exemplo, os gastos e "interesses negativos" que se originem a partir de uma ruptura intempestiva, ou arbitrária separação da negociação. Esta é a questão da denominada **culpa in contrahendo,** ou seja, a regulação das responsabilidades derivadas das tratativas prévias ao contrato, seja este celebrado, ou não.

Estas tratativas preliminares já não são indiferentes para o direito; criam uma "vinculação jurídica especial", que origina direitos e deveres anteriores ao contrato, pré-contratualmente, e não confundíveis com os direitos e deveres derivados do contrato. Seria, sem dúvida, arbitrário, sobretudo, para uma concepção do contrato que ponha em relevo sua função social, reconhecer que uma das partes tenha um direito ilimitado a retirar sua oferta, ou, que o Estado licitante revogue, por razões de oportunidade, um chamado à licitação depois que o ofertante suportou todos os gastos gerados pela apresentação de uma proposta, ou deixe sem efeito um concurso de ante-projetos quando os terceiros concursantes tenham concluído o trabalho, etc. Cremos que não se pode negar força vinculante à atividade pré-contratual.

O pré-contrato privado, além de ter sido recebido pela legislação, teve uma ampla acolhida jurisprudencial, sobretudo em matéria de locação de obras (Spota-JA t 46. p. 975). Por isso, cremos que não se pode duvidar de sua incorporação definitiva à problemática do Direito Público e, em particular, do Direito Administrativo, muito especialmente no que se refere a contratos de obras públicas, pois este contrato da Administração é, em substância, um tipo de locação de obra. "O conceito de locação de obra é uma noção jurídica da teoria geral do direito, e não é privativa do Direito Civil, ainda que seja este quem a tenha estudado mais".

Em nosso direito positivo, tanto o Regulamento de Contratações do Estado (Dec. 5.720/72, art. 61, – incs. 45, 61, 64, 80, 81) como a Lei de Obras Públicas (13.064, art. 2º) regularam a responsabilidade pré-contratual do ofertante, ao sancionar a retirada da oferta ou a sua não-manutenção pelo termo legal, ou fixado regulamentarmente nas escrituras, com a perda da garantia de oferta e com a suspensão nos Registros de Fornecedores ou de Construtores. Nada obsta juridicamente a que o Estado responda do mesmo modo, quando o contrato não se aperfeiçoa por causas que lhe são imputáveis.

A contratação administrativa implica sempre, ou quase sempre, um **pactum praeparatorium, pactum de contrahendo,** "contrato preliminar", "pré-contrato", ou

"Vorvertrag", como dizem os alemães. O caráter vinculante das relações prévias que se estabelecem resulta: 1) das prestações públicas que estão em jogo; 2) da dogmática jurídica concreta, em nosso caso, a Lei de Obras Públicas e o Regulamento de Contratações do Estado; 3) da inegável separabilidade dos atos e fatos que se ditam e executam no procedimento prévio ao contrato; 4) da possibilidade processual de impugnar até jurisdicionalmente ditos atos separáveis; 5) da obrigação do ofertante de manter a sua oferta; 6) da circunstância de que, uma vez apresentada a oferta, não se pede ao ofertante um novo consentimento para aperfeiçoar o contrato principal; 7) do princípio da estabilidade do ato administrativo, pois, toda vez que a irrevogabilidade dos atos administrativos é a regra (art. 18 da Lei 19.549), dito caráter também vige para os atos administrativos prévios ou preparatórios do contrato, e sua revogação, por razões de oportunidade, mérito ou conveniência, é indenizável (art. 18, no fim, da Lei 19.549, e art. 84, do Dec. 1759/72); 8) do unânime critério doutrinário e jurisprudencial em reconhecer aos ofertantes o "direito subjetivo" de participar do procedimento e de que seja considerada sua oferta.

11. Conotações políticas dos procedimentos de contratação

O procedimento administrativo de contratação, na medida em que é parte do procedimento administrativo geral, e, portanto, integra o Direito Administrativo, como todos os demais temas que o compõem (ato administrativo, responsabilidade do Estado, direitos dos administrados, prerrogativas da Administração, domínio público, etc.), não se subtrai à problemática política; pelo contrário, os princípios jurídicos e de poder do regime político o informam e determinam.

O **fator ideológico** do regime político (liberal, socialista, intervencionista, de economia dirigida, democrático, comunista, etc.) é o que, em última instância, determina a estrutura política e administrativa do Estado e a coexistência, equilíbrio ou oposição entre indivíduo e Estado, Liberdade, Autoridade, Direito e Poder, Garantias e Prerrogativas, interesse do administrado e interesse da Administração. (Verdú. Introducción al Derecho Politico. Barcelona, 1958).

Em conseqüência, segundo seja a forma em que se conjuguem as relações entre a liberdade (ou autoridade dos administrados) e a autoridade (ou a liberdade da Administração), teremos, se prevalece a primeira, um procedimento de contratação rígido ou semi-rígido, como ocorre no **Estado liberal,** onde a licitação pública é princípio geral em matéria de procedimento de contratação. Pelo contrário, se prevalecer a autoridade própria dos **Estados intervencionistas ou de economia dirigida,** os procedimentos de contratação serão mais elásticos, flexíveis ou livres, toda a vez que interessa ao Estado a livre eleição de seus co-contratantes, e a lei há de ser mais indiferente com respeito à regulação rigorosa e limitativa das competências e atribuições dos órgãos do poder (Quanquard, L'Adjudication des Marchés Publies, Madrid, 1945).

Estas conotações políticas dos procedimentos de contratação, expostas em abstrato, são uma resultante necessária dos distintos regimes políticos; porém, é claro, somente indicam um modelo geral, pois, na realidade jurídica e política nunca ocorrem com a pureza teórica com que as expomos. Em outros termos, como todos os Estados adotam um regime político mais ou menos liberal, ou mais ou menos

intervencionista, porém muito poucas vezes são absolutamente liberais ou totalmente intervencionistas, devemos concluir que, no direito positivo dos diversos Estados, tampouco encontraremos a regra da licitação pública como procedimento absoluto de contratação, mesmo nos Estados mais liberais; e, inversamente, que a livre eleição tenha também suas limitações lógicas nos Estados de economia dirigida.

12. Vejamos, em uma análise jurídica exaustiva, as notas integrativas do conceito e que conformam sua especificidade como tipo ou técnica procedimental de contratação.

a) **É um procedimento administrativo.** A licitação pública, como já dissemos, é um dos procedimentos de formação do contrato, uma das formas de contratação ou de procedimentos de seleção de contratantes. Juntamente com a licitação privada, o concurso, a contratação direta e a arrematação pública, integra os "procedimentos administrativos especiais de contratação" (Cianflone, L'Appalto di opere pubbliche, Milán, 1957).

Ditos procedimentos administrativos especiais, referentes à contratação administrativa, são parte do procedimento administrativo geral, e entre eles existe uma vinculação jurídica de especialidade. Por isso vigem, nos procedimentos administrativos especiais, os princípios jurídicos imperantes no procedimento administrativo geral, como vimos no capítulo anterior.

A licitação pública não é um ato, como erroneamente entende parte da doutrina, mas um conjunto de atos; um procedimento integrado, em suma, por atos e fatos da Administração e atos e fatos do ofertante, todos eles concorrendo para formar a vontade contratual.

A licitação não é, tampouco, o contrato, nem vice-versa. O contrato surge com a licitação, ou, melhor dito, sua celebração pode ter lugar por licitação, porém não é a licitação mesma. Por fim, a licitação não é um contrato, mas pela licitação podem celebrar-se contratos de todas as classes: vendas, arrendamentos, fornecimentos, obras públicas, concessões, etc.

A licitação se relaciona com a formação dos contratos. Assim como as tratativas privadas, não é senão uma preliminar do contrato, destinada a fixar quem é o contratante. É um período que precede processualmente o contrato.

A licitação pública é um procedimento administrativo preparatório da vontade contratual. Essa é a sua natureza jurídica.

b) **Preparatório da vontade contratual.** Esta nota jurídica comum a todos os procedimentos de contratação é a que lhe dá especificidade relativamente ao procedimento administrativo de contratação, é a parte do procedimento administrativo que versa as regras e princípios jurídicos que regem a preparação e execução da vontade contratual.

c) **Pelo qual um ente público no exercício da função administrativa.** O licitante ou ente que utiliza o procedimento da licitação pública pode ser um **ente público ou**

privado (2). Porém, nós excluímos os entes ou sujeitos de Direito Privado, porque eles não exercem função administrativa, e, além disso, no caso de utilizar o procedimento licitatório, este se acha regido predominantemente pelo Direito Privado.

Por isso, **o licitante é sempre um ente público.** Este ente público pode ser estatal ou não-estatal; o que interessa é que, no caso, exerça função administrativa.

Para isso, como **entes públicos estatais**, podem utilizar o procedimento licitatório para contratar, o Estado Nacional, as províncias, os municípios, comunidades e entes intermunicipais, consórcios públicos estatais, entes autárquicos, empresas do Estado, sociedades do Estado, corporações, entes interprovinciais, etc.

Se o licitante é um ente público estatal da Administração centralizada, como a Nação e as províncias, o procedimento pode ser utilizado por qualquer de seus órgãos (executivo, legislativo ou judiciário), enquanto exerçam função administrativa.

Também podem utilizar o procedimento licitatório público os **entes públicos não estatais ou "corporações públicas não estatais"**, que exercem potestade pública ou prerrogativas de poder público, por exemplo, corporações profissionais, colégios profissionais, associações dirigidas, universidades privadas, etc.

d) **Convite aos interessados.** O convite aos interessados, ofertantes, "eventuais adjudicatários ou co-contratantes" se traduz em um ato concreto de chamamento à licitação, emitido pelo órgão competente do ente público estatal ou não estatal de que se trate.

O convite é um **pedido de ofertas**, uma **invitatio ad offerendum**, que deve ser anunciado na forma determinada pelo direito positivo, por via da publicação como instrumento técnico para promover a concorrência (Dallari, Aspectos Jurídicos da Licitação, São Paulo, 1973).

Esta precaução ou etapa processual da licitação pública lhe dá especificidade com respeito aos outros procedimentos de contratação, em particular relativamente à contratação direta e à licitação privada. Quanto ao concurso, o convite oferece características análogas às da licitação pública.

e) **Para que, sujeitando-se às bases fixadas no edital de condições.** O edital, como conjunto de disposições redigidas unilateralmente pelo licitante, é o que regula o trâmite, mecanismo e modalidade do procedimento de preparação e execução ulterior do contrato. Em suas cláusulas gerais e especiais se particulariza o objeto, obra ou serviço que se licita, as condições da contratação, sua preparação e a ulterior execução.

---

(2) Note-se que o autor utiliza a expressão "licitante" unicamente para referir-se ao ente que promove a licitação, ou seja, o Estado (Administração), ou outro ente público, enquanto na doutrina pátria esta expressão é utilizada para designar os proponentes ou ofertantes (Nota do tradutor).

O edital de condições, também chamado **cahier des charges** (Montmerle), capitolati d'oneri (Roherssen), programa del concurso (Caetano), integra, juntamente com o Regulamento de Contratações do Estado, a Lei de Obras Públicas e a Lei de Contabilidade o corpo jurídico normativo regulador do procedimento da licitação pública.

Os ofertantes devem ajustar suas propostas ao edital, sob pena de serem declaradas "inadmissíveis" (L.O.P. 13064, art. 18).

f) **Formulem propostas.** Como conseqüência do chamamento à licitação, os interessados, "proponentes, ofertantes, licitadores", apresentarão suas ofertas ou propostas. Para ser licitador é necessário cumprir condições subjetivas, como a inscrição nos registros especiais, salvo os casos de exceção autorizados pelo ordenamento jurídico, para o efeito de assim provar a idoneidade jurídica, financeira e técnica para contratar. Por isso, também se chama a esta fase processual "habilitação dos licitadores" (Dallari), "qualificação dos ofertantes" (Roherssen), ou "condições subjetivas dos proponentes".

Também devem constituir uma garantia de oferta ou "garantia pré-contratual" de mantença da proposta.

A apresentação das propostas ou preço oferecido pode fazer-se de forma escrita ou verbal, embora nosso direito positivo só preveja a forma escrita, com as formalidades externas e internas requeridas pelas normas regulamentares e o edital de condições aplicáveis ao caso.

Assim, por exemplo, o art. 73 do Regulamento da Lei da Contabilidade da Itália distingue várias classes de hasta pública, segundo o modo de oferta: 1) mediante "extinción de vela virgen" (candela vergine) (3); 2) por oferta secreta confrontada depois com o preço máximo ou mínimo pré-estabelecido ou indicado em uma cédula ou boletim secreto da Administração; 3) por oferta secreta confrontada depois com o preço base indicado na publicação (no aviso de hasta); 4) na forma de chamado público e aberto.

g) **Dentre as quais o licitante selecionará e aceitará a mais conveniente.** O licitante elege ou seleciona, dentre as propostas formuladas, a mais conveniente. Isto se traduz por uma atividade de conteúdo jurídico administrativo, que reveste forma de simples ato da Administração (adjudicação prévia) e de ato administrativo (adjudicação).

13. Licitação privada.

A licitação privada é o procedimento de contratação no qual intervêm, como ofertantes, as pessoas ou entidades expressamente convidadas pelo Estado. É um convite ou pedido de ofertas dirigido pelo Estado a empresas ou pessoas determinadas discricionariamente para cada caso.

---

(3) A expressão italiana, sem tradução, no esclarecimento do autor, refere-se ao "sebo o rolo de cera" virgem ou novo, até que se consuma ou extinga (Nota do tradutor).

Costuma-se denominá-la, também, "licitação fechada", "licitação restrita" ou "concurso limitado", por oposição à licitação pública, aberta ou concurso ilimitado. Na França, a licitação pública se denomina **adjudication ouverte** e a privada **adjudication restrèite**; na Alemanha é chamada respectivamente **Oeffentliche Ausschreibung** e **Beschraenkte Ausschreibung.**

De acordo com a extensão e alcance do chamamento à licitação, ou "convite a formular ofertas de contrato", as licitações se classificam em públicas (ou abertas), quando se dirigem indeterminadamente a todos os possíveis proponentes, e privadas (ou restritas), quando feitas a pessoas determinadas "4"!

"De forma que, enquanto na licitação pública a afluência de proponentes é ilimitada, na licitação privada dita afluência é limitada. Além disso, na licitação pública a apresentação de ofertantes obedece a um "chamamento público objetivo" efetuado pela Administração Pública, enquanto na licitação privada dita apresentação ou comparecimento responde a um convite pessoal direto formulado pela Administração Pública. Em suma, na licitação pública podem ser ofertantes todas as pessoas que se ajustam às condições regulamentares; enquanto na licitação privada os participantes são previamente qualificados e chamados por "uma carta convite".

14. Contratação direta

A contratação direta é o procedimento pelo qual o Estado elege diretamente o co-contratante, sem concorrência, lanço, ou oposição de ofertantes nos casos previstos pelo art. 9º da Lei de Obras Públicas, e 56 da Lei de Contabilidade.

A denominação deste procedimento varia. Embora em nosso direito (art. 9º, da Lei 13.064; art. 56, inc. 3º, da Lei de Contabilidade 23.354/56, e art. 62, inc. 10 do Regulamento de Contratação do Estado) se chame "contratação direta", a doutrina fala também de "pacto privado" e "ajuste direto".

Na legislação espanhola também se emprega a denominação "contratação direta"; na França se chama **"marché de gré a gré"**; na Itália **"trattativa privata"**, e em Portugal "ajuste directo" ou "directo".

15. Arrematação pública

A arrematação pública, embora seja um procedimento de contratação que se desenvolveu preferentemente no âmbito privado, também se utiliza como técnica contratual administrativa.

Consiste na compra e venda de bens em público, sem limitação de concorrência e ao melhor lance. A adjudicação se faz no mesmo ato, em público, com prévia publicidade de chamamento, ante uma concorrência indiscriminada, com ou sem estimativa e em favor da oferta de preço mais elevado.

(4) Tendo em vista a diferença de terminologia utilizada no sistema argentino e no brasileiro, importa salientar-se que, na classificação feita pelo autor, a chamada licitação pública ("licitación pública") equivale a nossa modalidade de licitação denominada concorrência, enquanto a licitação privada ("licitación privada") assemelha-se a nossa tomada de preços (Nota do tradutor).

Do ponto de vista técnico-jurídico, arrematação é sinônimo de hasta pública, embora, às vezes, não sejam identificados e se fale da arrematação como lanço dentro do procedimento da hasta pública, diferenciando-se o todo – hasta pública – de uma de suas partes – arrematação –, porem, esta distinção não tem acolhida dentro de nosso direito.

No direito público, a denominação é bastante imprecisa. Assim, a Lei de Contabilidade distingue adequadamente arrematação pública de licitação pública (artigos 55 e 56, incisos 2º e 3º, ap. b); e o Regulamento de Contratações do Estado emprega os termos arrematação pública e hasta pública como sinônimos (art. 61, inciso 51). De sua parte, a Lei de Obras Públicas 13.064, embora utilize os termos arrematação pública e hasta pública como sinônimos, comete o erro de assimilar ambos à licitação pública (art. 4º, 9º, 11, 16 e 17).

16. Concurso

É um procedimento de seleção do co-contratante por oposição e em razão da maior capacidade técnica, científica, cultural ou artística entre os apresentantes ou intervenientes. Embora o concurso tenha o substrato comum da licitação pública e dos demais procedimentos de contratação, difere deles em que a oposição emergente da concorrência não tem em vista as condições de ordem técnico-econômico-financeiras, mas as condições de ordem técnico-pessoal.

Em outros termos, é um meio de seleção da pessoa mais idônea para executar uma prestação pública, de modo que se tenha em conta preferentemente as condições pessoais do candidato. Por exemplo, para prover um cargo de professor universitário, para realizar uma maquete de um monumento, projeto, esboço ou rascunho de obra, etc., e sua aplicação primordial seja aos contratos **intuitu personae**, em que as qualidades técnico-subjetivas servem de mérito para a seleção.

Conseqüentemente, como foi dito, assinalamos que a expressão "concurso de preços", de freqüente uso na prática administrativa, é imprópria e, longe de referir-se a uma categoria jurídica específica, envolve caracteres da licitação e do concurso, formando uma mistura sem recepção normativa nem fundamento científico. Diz-se "concurso de preços" para o efeito de assinalar que os convocados para o procedimento devem indicar o preço da obra, objeto ou serviço solicitado pelo Estado. E que é justamente o preço o elemento variável e determinante da oposição.

17. A licitação no Direito público provincial e municipal

a) **A licitação como procedimento-regra.** Como regra geral, todas as constituições locais estabelecem a fórmula: "Toda **alienação de bens fiscais, compras e demais contratos suscetíveis de licitação** se farão precisamente ou de modo indefectível de forma e de modo público" (Conforme Constituições das províncias do Chaco, art. 63; Chubut, art. 73; La Pampa, art. 35; Misiones, art. 70; Rio Negro, art. 63; Jujuy, art. 38; Santa Cruz, art. 41; Santiago del Estero, art. 32; Cordoba, art. 32; Corrientes, art. 22; Catamarca, art. 55; Entre Rios, arts. 56 e 57; La Rioja, art. 13; Mendoza, art. 37; San Luis, art. 13; Santa Fé, arts. 19 e 34; Tucumán, art. 10;

Buenos Aires, art. 206; incisos 6º e 8º, e art. 209; Formosa, art. 43, no fim). Só por exceção, as Constituições das Províncias de San Juan e Salta omitem pronunciamento constitucional sobre a exigibilidade do procedimento licitatório na contratação administrativa, restando essa exigência, em conseqüência, como matéria legislativa ordinária.

b) **Contratos que compreende**. As mesmas assinalaram o procedimento da licitação pública como **princípio geral** para todos os contratos "suscetíveis" de dito procedimento, compreendendo assim os contratos de obra pública, fornecimento, concessão de serviço público, locação, etc.

c) **Exceções.** Indicam, ademais, que a **lei ou ordenança,** em seu caso, **estabelecerão as exceções** a este princípio. Desta forma, o constituinte habilita o legislador a assinalar as exceções à licitação pública, o que em verdade serviu para inverter o princípio por via das numerosas exceções regulamentadas de maneira geral nas leis de obras públicas e de contabilidade, e de maneira particular, por exceção especial, disposta pela Legislatura, em casos concretos ou singulares.

d) **Nulidades.** Em conseqüência do princípio assinalado, os constituintes incursionam na **teoria das nulidades administrativas** ao indicar que "os contratos se farão precisamente dessa forma – isto é, por licitação – e de modo público, sob pena de nulidade" (Conforme art. 37, da Constituição de Mendoza; art. 56 da Constituição de Entre Rios, etc.).

e) **Licitadores: incompatibilidade dos agentes públicos.** Algumas prevêem também, com hierarquia constitucional, as **incompatibilidades dos agentes estatais** para intervir como ofertante. É o caso, por exemplo, da Constituição do Chaco, que, no art. 63, parte final, diz: "Os empregados e funcionários a soldo do Estado não poderão intervir como ofertantes, procuradores dos mesmos, ou intermediários, nas licitações públicas, sob pena de nulidade".

f) **A licitação no regime municipal**. A exigência do procedimento da licitação pública está contida nas constituições não só para as contratações que o Estado provincial faça, mas, também, para as que efetuem os Municípios e as Corporações Municipais (Conforme Constituições de Chubut, art. 209, letras i e j; Misiones, art. 171, incisos 7º e 10º; Neuquén, art. 204, letras e e f, 207 e 224; Rio Negro, art. 174, letra e; Santiago del Estero, art. 156 bis, inciso 9º; Buenos Aires, arts. 206, incisos 6º e 8º, e 209; Corrientes, art. 163, inciso 5º, letra b; Catamarca, art. 217, incisos 6º e 7º; Entre Rios, art. 234, inciso 13, letra i; La Rioja, art. 144; Mendoza, art. 202, incisos 5º e 7º, etc.)

g) **Responsabilidade dos agentes públicos por omissão indevida da licitação.** Prevêem, também, a **responsabilidade administrativa, civil, politica e, inclusive, penal** dos funcionários intervenientes pela **indevida omissão de procedimento** nas contratações nas quais assim o exige a constituição ou a lei, ao assinalar que a nulidade do contrato, por omissão da licitação pública, "se dá sem prejuízo da responsabilidade por defraudação, se houver" (Conforme art. 37 da Constituição de Mendoza; art. 41 da de Santa Cruz); ou "sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal do funcionário que as efetuar em forma privada, com fraude dos interesses fiscais" (Conforme Constituição de San Luis, art. 13); ou "sem prejuízo

das responsabilidades emergentes" (Conforme Constituição do Chaco, art. 63); ou "da defraudação, se houvesse, e da responsabilidade de todo funcionário que as efetuar em forma privada" (Constituição de Entre Rios, art. 56).

18. **Vantagens da Licitação Pública**

Na prática administrativa o procedimento da licitação pública oferece uma série de vantagens de ordem técnico-econômica, ética e política, de acordo com o princípio que deve imperar na atividade estatal.

Assim, com relação ao Estado, o procedimento materializa uma ação moralizadora no que se refere a contratações estatais, porquanto, em princípio, evita conivências dolosas e **promova a ação de controle e fiscalização que, sobre a atividade administrativa, exercem os particulares**, licitadores no caso, os quais contam com os remédios processuais idôneos para impugnar o ilegítimo proceder estatal.

Ademais, por este procedimento, a Administração tem maiores possibilidades de acerto quanto ao **cumprimento e execução do contrato, qualidade da prestação**, maior capacidade técnica e financeira dos co-contratantes, etc.

Por outro lado, oferece conveniências econômicas, dadas a concorrência e oposição entre ofertantes, que competem para obter a adjudicação e para oferecer o preço mais vantajoso para o licitante. Neste sentido, Mó assinalou as finalidades da licitação por um enfoque sistemático, compreendendo três aspectos: de ordem moral, econômica e seletiva, tal como o referimos precedentemente.

Com relação aos administrados, o procedimento constitui uma garantia para os interessados em contratar com o Estado e outros entes públicos, que, sobre a base do princípio de concorrência e igualdade, e evitando tratamentos preferenciais, pode fazer real e efetiva a colaboração dos particulares (Bercaitz).

19. **Inconvenientes da Licitação Pública**

No que se refere às dificuldades do procedimento licitatório, podem assinalar-se as seguintes: 1) Nem sempre se consegue o preço mais baixo, pois pode produzir-se uma alta das cotações ao conhecer-se as urgentes necessidades da Administração; 2) A eventual lentidão dos trâmites resulta prejudicial ao interesse público, toda vez que a Administração perde "ofertas de ocasião" sumamente vantajosas, que se podem aceitar em razão de que não é possível satisfazer a prontidão que o proponente costuma solicitar, devido à execução burocrática do procedimento.

Como assinala Sayagués Laso, mesmo quando o procedimento das licitações esteja bem regulamentado, podem efetuar-se adjudicações indevidas, pois a imoralidade pode dobrar as fórmulas técnicas de retidão impostas pelo ordenamento jurídico ao proceder administrativo; assim, por exemplo, uma licitação aparentemente correta pode encobrir e simular um flagrante desvio de poder, pois os editais de condições podem ter sido redigidos de tal maneira que somente a pessoa a quem se queira favorecer fique em condições de apresentar ofertas admissíveis.

De qualquer maneira, o saldo favorável do instituto fica provado pala circunstância de sua aceitação em todas as legislações e em todos os tempos, se bem que requeira uma normação flexível, adaptável às distintas atividades do Estado e que diminua no possível os inconvenientes assinalados.

20. **Exceções**

a) **Caráter facultativo.** As exceções ao procedimento licitatório, pelos quais se permite a licitação privada e a contratação direta como técnicas de aperfeiçoamento contratual, revestem caráter facultativo, de modo que o ente público licitante pode, sem embargo, recorrer à licitação pública, sempre, é claro, que o objeto e a natureza da contratação o permitirem.

b) **Motivação.** Na legislação específica vigente em matéria de obras públicas, não se exige o cuidado pelo qual a autoridade pública deva justificar a procedência da exceção. Dita omissão não nega as óbvias vantagens que oferece a motivação ou fundamentação tático-jurídica do ato administrativo que justifica, em cada caso, a procedência da exceção e a viabilidade dos procedimentos da licitação privada ou contratação direta, o que, ademais, é obrigatório pela aplicação da legislação supletiva (Lei 3.909 de Procedimentos Administrativos).

Este cuidado previsto pela Lei 19.549, art. 7º, inciso e, a respeito da motivação do ato administrativo como requisito essencial e causal de nulidade, segundo os artigos 14 e 15 do mesmo texto legal, está contemplado expressamente e de modo específico, com bom critério, pelos Projetos Nacionais de Lei de Obras Públicas de 1971 (art. 12) e de 1970 do CIMOP (art. 12).

No que diz respeito às contratações regidas pela Lei de Contabilidade, o Regulamento de Contratações (decrato 5.720/72, art. 56, inc. 5º) exige que se ponderem fundadamente, pela autoridade competente que as invoque, as razões que permitam enquadrar as contratações nos procedimentos de exceção.

c) **Exceções expressas e de interpretação rastritiva**. Dado que no direito público os contratos estão sujeitos a limitações fundadas em princípios essenciais, sempre de interesse público, por exemplo, moralidade e conveniência administrativa, a licitação é, a este respeito, uma instituição típica de garantia desse interesse público.

Fundado, assim, o requisito da licitação em elementares razões de ética administrativa e de seleção de preços através da competição pública, **as exceções** à tal princípio **devem ser interpretadas em forma estrita**, atendendo ao fundamento com que foram acordadas. (P.T.N., Dictámenes 77-675).

Em suma, depois de a ordem jurídica declarar a obrigatoriedade da licitação pública, para as contratações administrativas, a seu teor estrito, o cumprimento dessas formalidades assume caráter ineludível. Somente pode prescindir-se de dita forma procedimental nos **casos enumerados taxativamente** pela Lai.

Essa é a solução que corresponde em nosso direito positivo, mais ainda se se considerar que a mesma legislação limita o alcance das exceções ao dizer: "ficam

excetuadas... as obras compreendidas nos seguintes casos..." (art. 9º, da Lei 13.064), ou, "não obstante o estabelecido no artigo anterior, poderá contratar-se em licitação privada... em arrematação pública... diretamente" (art. 56, incisos 1º, 2º e 3º da Lei nº 23.354/56), e nenhuma cláusula legal habilita a que as exceções sejam outras do que as ali compreendidas.

21. **Urgência**

Tanto a Lei de Obras Públicas como a de Contabilidade autorizam a contratar diretamente por razões de urgência.

O surgimento da hipótese legal exige alguns pressupostos essenciais. Nem toda urgência admite a exceção procedimental (Dromi, E.D. 54 – 803).

Vejamos nesse sentido os pressupostos legais da urgência para a admissibilidade da exceção. A urgência deve ser assim:

a) **Concreta.** A urgência deve ser especial, particular, para um caso determinado, e real. A esse respeito, a Procuradoria do Tesouro da Nação determinou: "Não se trata de uma urgência **abstrata, geral, comum**, mas, ao contrário, diz respeito a todas as obras de grande magnitude vinculadas a objetivos de interesse nacional. A necessidade deve ser concreta e imediata". (P.T.N., Dictámenes 89-260).

b) **Imediata**. A necessidade pública invocada deve ser atual, **prasente, impostergável** ou **improrrogável**. Excluem-se, portanto, as "urgências de futuro", ou seja aquelas que exigem de modo mediato em vista do bem-estar geral. A Procuradoria do Tesouro Nacional expressou-se assim: "A necessidade deve ser concreta e imediata e de tal natureza que não possa satisfazer-se em tempo oportuno senão por via da contratação direta, pois a demora normal de um chamado à licitação provocaria maiores danos ao interesse público do que aquele que ocasione a omissão de um requisito exigido por razões de conveniência e moralidade administrativas, em cujo resguardo se acha também esse mesmo interesse público". (Dictámenes 89-267).

c) **Imprevista**. A urgência ou emergênoia deve ser "imprevisível". Em nosso direito positivo diferem a Lei de Obras Públicas e a Lei de Contabilidade quanto à exigência da "imprevisibilidade" como sustentação da urgência permissiva da exceção à licitação pública. Enquanto a primeira só exige que exista "urgência reconhecida" ou "circunstâncias imprevistas" (Lei nº 13.064, art. 10, inciso c), a Lei de Contabilidade dispõe especificamente que ela se deva "a circunstâncias imprevistas" (Decreto-lei 23.354/56, inciso 3º, ap. d.).

d) **Provada**. A urgência é uma questão de fato, concreta, que deve ser examinada em particular pela autoridade competente, devidamente acreditada e fundada nos pertinentes estudos técnicos.

Assim, nos pareceres de nosso mais alto órgão da Administração consultiva, se diz que "a urgência, invocada como razão de exceção ao procedimento de licitação pública, para ser provada requer **estudos técnicos objetivos prévios e sérios que a qualifiquem como certa",** acrescentando, em outros ditames, que não só deve haver estudos técnicos que acreditem a urgência, mas que ela deve

ademais estar corroborada pela própria conduta da Administração Pública ao celebrar o contrato: "não basta, para usar de um procedimento de exceção ao regime geral das licitações, qualificar uma compra de urgente, mas devem tomar-se ademais todas as medidas eficientes para efetuá-la com urgência".

e) **Objetiva**. A emergência justificativa da exceção deve ser de uma necessidade pública, de uma exigência estatal, e não de seus funcionários. A respeito, a Procuradoria do Tesouro preceitua: "De modo algum pode a determinação da mesma ficar entregue ao critério **subjetivo** do funcionário cuja apreciação exclusivamente pessoal poderia desvirtuar o sentido da norma" (77-265).

Por sua parte, a jurisprudência, acorde, assinala que **"a urgência** prevista como exceção para prescindir da licitação **se refere ao Estado mesmo**, cuja vida não tem solução de continuidade, **e não às pessoas** que transitoriamente exercem o governo". (LL 32-228; Iglesias F c/Municipalidad Capital).

22. **Adicionais**.

Os trabalhos adicionais ou complementares de uma obra em curso de execução também podem ser contratados diretamente. Esta exceção nosso ordenamento jurídico somente prevê para os contratos de obras públicas (Lei 13.064, art. 9º, inciso b), não assim para os contratos de fornecimento, locação e outros, regulados pela Lei de Contabilidade e seu regulamento.

Os pressupostos fáticos e jurídicos requeridos pela viabilidade da exceção são os seguintes:

a) Que se trate de **trabalhos** adicionais, isto é, complementares e acessórios de uma obra pública, qualquer que tenha sido o procedimento pelo qual ela foi contratada. A Lei não faz nenhuma distinção a respeito.

b) Que esses trabalhos acessórios resultem **indispensáveis**, ou sejam necessários para a obra pública principal. Isto é uma questão de fato, que deve ser provada e motivada com informes técnicos idôneos.

c) Que a **obra pública principal esteja em curso de execução**. Esta exigência da Lei de Obras Públicas foi mantida nos três projetos ulteriores de 1969, 1970 e 1971. Por ela se exige que a obra **tenha sido iniciada, não tenha sido concluída e não esteja paralisada**; isto é, se não iniciou a execução da obra, ou se foi concluída totalmente sua execução, ou se, executada parcialmente, ela está paralisada e não tem continuidade de maneira definitiva ou transitória, estas circunstâncias fáticas não autorizam a exceção para recorrer à contratação direta de seus trabalhos adicionais.

d) **Que** os trabalhos **não tenham sido previstos no projeto**. Isto é, exige-se a imprevisibilidade dos complementos da obra principal no momento da aprovação do projeto. E, no caso de terem sido previsíveis no projeto, que **não tenham podido incluir-se no contrato** por circunstâncias de fato ou de direito. Um exemplo desta última seria quando já se tivesse chamado à licitação, apresentando-se as ofertas

em virtude do edital de condições preparado para as obras principais unicamente; e um exemplo de circunstância de fato que impediu sua inclusão no contrato pode ser o caso de uma obra pública contratada diretamente por razão de urgência, cujos complementos o tempo não permitira considerar no momento de contratação principal.

e) **Que o custo dos trabalhos adicionais não exceda do limite** percentual acumulativo fixado na escala legal, relativamente ao custo original da obra contratada.

OS FATOS NATURAIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES
Consultor-Geral Adjunto da Consultoria-Geral do Estado.

SINOPSE

1. Introdução. 2. Conceito de fato jurídico em sentido estrito. 3. Os fatos jurídicos ilícitos e o Direito Administrativo. 4. Os fatos jurídicos lícitos no Direito Administrativo. 5. Fatos naturais no Regime dos Bens Públicos. 6. Fatos naturais no Regime do Trabalho Público. 7. Considerações Finais.

1. INTRODUÇÃO

Os especialistas do Direito Privado, particularmente os da Teoria Geral do Direito Privado, têm empregado o melhor de seus esforços em uma sistematização do elemento propulsor da relação jurídica, também chamado fato conteúdo ou elemento material. O estudo acurado dos elementos, que integram o suporte fáctico da regra jurídica, da natureza desses elementos, de seu aspecto fenomênico, do modo como se apresentam na vida de relações e da forma pela qual são valorados pelo ordenamento jurídico, permitiu uma extensa e minuciosa classificação, adotada, com pequenas variantes, pela generalidade dos jusprivatistas em todos os quadrantes do mundo civilizado.

Sob o **nomen juris** de fatos jurídicos **lato sensu**, agruparam-se todos os fatos do homem ou da natureza, da coisa ou do animal, aos quais de alguma forma foi conectada uma conseqüência jurídica, para usar uma expressão de Coviello [1].

Considerando que toda fenomenologia jurídica se realiza dentro dos limites lógicos do Direito, o lícito e o ilícito, observou-se, muito naturalmente, que a primeira divisão dos fatos submeter-se-ia ao critério da conformidade ou contrariedade a direito.

Distinguidos assim os fatos jurídicos lícitos dos fatos jurídicos ilícitos, construíram-se os conceitos das diversas espécies, a partir da observação dos respectivos suportes fácticos. Desta sorte, dependendo da composição dos pressupostos de fato surgem os fatos jurídicos **stricto sensu**, os atos jurídicos, os atos-fatos jurídicos e os negócios jurídicos. No plano da contrariedade a direito, os fatos jurídicos ilícitos, os atos jurídicos ilícitos e os atos-fatos jurídicos ilícitos.

---

* Palestra proferida no II Simpósio Interdisciplinar de Direito, promovido pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Centro Acadêmico Maurício Cardoso, Porto Alegre, em 19 de maio de 1978.

1. Apud CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO. Guido Zanobini. Giuffre. Milão. 1958. Vol. 1, p. 208. No mesmo sentido Manuel Maria Diez – El acto administrativo Tipográfica Editora Argentina S.A. Bs Aires, 2ª ed. 1964, p. 88

A proposta desta palestra não é certamente a análise das categorias sobreditas, em sua generalidade, mas a tentativa de enfoque de apenas uma delas, os fatos naturais, sob a ótica do Direito Administrativo.

A breve exposição introdutória, que nos permitimos, tem, todavia, um objetivo claro: assinalar a riqueza da análise da matéria, no Direito Privado, correspondendo a uma extrema parcimônia no exame do mesmo tema no Direito Administrativo. É bem verdade que essa assertiva seria falsa e despropositada em relação a pelo menos uma categoria, a do ato jurídico, cuja elaboração conceitual, extraordinariamente fecunda no Direito Público, forneceu as bases para uma reelaboração da teoria no Direito Privado. A propósito, anota o Mestre Orlando Gomes "que se é exata a observação de que DUGUIT e JÈZE partiram do Direito Privado, foi, sem dúvida, para submetê-lo a severa análise crítica, e, sobre as insuficiências de sua técnica, edificar, em atitude de reação, uma nova teoria, que abalou a construção tradicional, como reconheceram intransigentes adversários das novas idéias, dentre os quais o próprio Geny".[2]

Por outro lado, não se poderá afirmar, com seriedade, que a pobreza da análise já mencionada decorra da eventual irrelevância ou pequena importância da questão no Direito Administrativo. É bem conhecida a reação dos jusadministrativistas contemporâneos ao tratamento dos contratos administrativos como simples apêndice do ato administrativo, e o impulso que a teoria dos negócios jurídicos de Direito Público vem ganhando, ultimamente.

Ao observador sagaz não escapa, por igual, a freqüência com que os tratadistas aludem aos fatos naturais como elementos propulsores na criação, modificação ou extinção de relações jurídicas, nos mais variados setores do Direito Administrativo. Assim, quanto à classificação dos bens públicos, sua destinação e respectivas alterações, no regime jurídico dos prestadores de trabalho público, nas vicissitudes dos serviços públicos, etc.

Nossa preocupação, sem nenhuma pretensão inovadora, consiste, simplesmente, em identificar os fatos naturais que efetivamente repercutem nas relações jusadministrativas, reunindo-os e sistematizando-os nos vários setores da nossa disciplina.

2. CONCEITO DE FATO JURÍDICO EM SENTIDO ESTRITO

O primeiro problema que nos ocorre, no trato da matéria,é o da caracterização intrínseca do fato jurídico em sentido estrito. Conceituado singelamente, o fato jurídico **stricto sensu** é todo acontecimento natural a que a ordem jurídica atribui aptidão para produzir eficácia jurídica. Esta aptidão não é imanente ou co-natural ao fato, mas deflui da própria regra jurídica, que, ao prevê-lo, determina-lhe a irradiação de tais ou quais efeitos. Também se equipara ao acontecimento natural, em atenção ao conceito enunciado, o fato da coisa, como a queda de um objeto de um certo prédio, nos termos do art. 1.529 do Código Civil, o fato do animal e certos acontecimentos, que, envolvendo o próprio homem, são contudo independentes da

2. "Influência do Direito Público sobre o Direito Privado" – in Direito Privado (Novos Aspectos). Freitas Bastos, 1961, p. 13

sua vontade, como o implemento de idade ou, então, foram tomados objetivamente pela regra jurídica, levando em conta apenas a exteriorização fenomênica do fato, sem cogitar da eventual participação humana na sua eclosão, como a morte.[3]

De outra parte, impende lembrar que a circunstância de o Código Civil contemplar a maioria dos fatos naturais juridicamente relevantes, até pela extensão e universalidade de suas disposições, não justifica a atribuição exclusiva da qualificação civilista a esses mesmos fatos. O que importa é que o mesmo fato poderá ser civil, comercial ou administrativo, se a norma que o apreende e valora é civil, comercial ou administrativa e se a órbita onde ele irradiará efeitos é a do Direito Civil, Comercial ou Administrativo.

Neste ponto, discordamos **salva reverentia** do ilustre administrativista de São Paulo, José Cretella Jr., quando afirma que "longe de ser fato do mundo com repercussão no mundo administrativo, o fato administrativo é considerado pelos autores como toda atividade material que tem por objetivos efeitos práticos no interesse da pessoa jurídica que a executa, neste caso, a Administração, por intermédio de seus agentes, ou então, qualquer ato praticado pelo Estado no exercício da Administração, como, por exemplo, a demolição de edifícios, o fechamento de uma casa, a interdição de prédio que ameaça ruir,... o isolamento de doentes contaminados de moléstia contagiosa..."[4]

Com efeito, a utilização da expressão "fatos administrativos" para identificar esta "atividade material" de que fala o autor e à qual se refere freqüentemente a doutrina é ambígua, sugerindo confusão entre os fatos naturais juridicizados por regras de Direito Administrativo, e que influem nesta província, constituindo, pois, fatos jurídicos de Direito Administrativo e os atos-fatos jurídicos, também denominados atos materiais, operações jurídicas ou atos reais, e cuja peculiaridade consiste, exatamente, em se tratar de atividade material, ainda que voluntária, recebida pelo Direito como fato. A noção do ato-fato exige a ação humana, no que se distingue dos fatos jurídicos em sentido estrito, mas a valoração jurídica recai, exclusivamente, sobre o resultado da ação, no que se diferencia dos atos jurídicos. De acordo com esse raciocínio, preferimos denominar fatos jurídicos "stricto sensu", aos fatos naturais juridicizados, reservando aos atos materiais a designação de atos-fatos jurídicos.

Já o advertira, aliás, D'Alessio, ao anotar que "além dos fatos puramente naturais e dos fatos humanos que o Direito considera como atos voluntários, existe uma terceira categoria de atos, que embora voluntários, são considerados pela lei como atos objetivos, prescindindo de sua voluntariedade".[5]

Em verdade, no que respeita aos impropriamente chamados fatos administrativos, observa-se claramente a atuação administrativa, a execução propriamente dita de atos formais, ordens, etc. O dado relevante apreendido pelo ordenamento jurídico resulta da ação, mas não é esta. Isto não impede que,se o resultado da ação desviar-se dos limites ordenados, surja pretensão contra o ente público responsável pela ordem executada em prejuízo de particulares.

3. Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado, Borsoi, 1954. V.2, § 161, nº 7, p. 191
4. Cretella Jr. Curso de Direito Administrativo, Forense. 4ª ed. 1975. p. 233
5. D'Alessio. Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano, 2ª ed. Turim, 1939, V.2, p.141.

Nem se diga que estaríamos fazendo mera transposição de categorias do Direito Civil para o Administrativo, porque, nunca é demais repetir, os conceitos em apreço pertencem ao campo da Teoria Geral do Direito. O que é preciso, é identificá-los nos sucessos que se revelam em cada uma das províncias do Direito, Público ou Privado, submetendo-os, agora sim, à principiologia específica de cada um desses ramos em que se dicotomiza o direito.

3. OS FATOS JURÍDICOS ILÍCITOS E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Estabelecido que os fatos jurídicos administrativos, em acepção estrita, são os acontecimentos naturais, fatos da coisa ou do homem, que, independente da vontade deste, são aptos à irradiação de efeitos jurídicos na órbita administrativa, podemos, desde logo, dividi-los em lícitos e ilícitos. Examinemos em primeiro lugar os fatos ilícitos.

Posto que se trata de fatos, não cabe aqui qualquer investigação a respeito de culpabilidade "lato sensu". O fato ilícito é aquele fato em sentido estrito que, contrariando o direito, atinge a esfera jurídica do administrado, causando-lhe dano, entendido este como o sacrifício especial, injusto e grave, que o particular não tem a obrigação de suportar.

A Teoria Geral já fixou o princípio da responsabilidade transubjetiva, que à margem da culpa, desenvolveu a idéia de ligação entre o sujeito e o objeto (coisa, animal, serviço) causador do dano, impondo ao primeiro o ônus de reparar a lesão resultante de fato do segundo. Durante muito tempo, os fatos da coisa ou do serviço, mesmo se evidente a contrariedade a direito, deixavam a vítima a descoberto, pela impossibilidade de imputação a alguém, em qualquer modalidade de culpa. O Direito Administrativo, porém, bem antes do Direito Civil, acolheu a doutrina do risco, como base da responsabilidade da Administração, em determinadas matérias, de sorte que, comprovado o nexo causal entre o dano e o fato do serviço, tem-se como corolário natural o comprometimento do ente público.

Nesse sentido, pontifica Ruy Cirne Lima, ao afirmar que "a responsabilidade da Administração, de outro lado, não se limita ao fato de seus agentes; estende-se, também, ao fato das coisas ao seu serviço".6

Na mesma linha, a orientação de Ernst Forsthoff, ao comparar os sistemas alemão e francês sobre a matéria, quando observa que "a partir do **arrêt** Blanco, de 1º de fevereiro de 1873, o Conselho de Estado Francês retirou a matéria pertinente à indenização da incidência das normas do Direito Privado, integrando-a plenamente no Direito Administrativo. Sobre esta base surgiu um dever de indenizar do Estado, desconhecido nesta amplitude pelo Direito Alemão, sob o ponto de vista da "responsabilité pour faute du service public".7 Esclarece, outrossim, que "a falta do serviço que dá origem à pretensão indenizatória não significa a falta individual e comprovável de um órgão determinado, senão que consiste na má organização ou funcionamento irregular ou defeituoso do serviço".8

6. Princípios de Direito Administrativo. Sulina, 1964, 4ª ed. p. 203.
7. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid. 1958. p. 457
8. Idem, ib.

Além desta responsabilidade pela falta do serviço, que é espécie da responsabilidade por intervenções antijurídicas sem culpa, sobremodo desenvolvida pelo Conselho de Estado, na França, e já acolhida por Tribunais brasileiros, em vários acórdãos, cumpre assinalar a responsabilidade pelo risco excepcional, decorrente de situações de perigo extraordinário criadas pela Administração e das quais resulta causação de dano ao particular. Nessa orientação, acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 28 de fevereiro de 1918, referido por Francisco Campos, atribuindo à União a responsabilidade por danos decorrentes do bombardeio de Manaus.9

Deixando de lado os fatos ilícitos em que a contrariedade a direito resulta de fato do serviço, como os acima mencionados, quando a intervenção antijurídica da Administração dificilmente pode ser imputada a um órgão determinado, restam os fatos da coisa, em que a lesão à esfera jurídica do particular pode, perfeitamente, ser atribuída a certos bens ou coisas sob jurisdição das pessoas administrativas ou submetidos ao direito de propriedade das mesmas pessoas. A caracterização de tais fatos como ilícitos não deflui de sua natureza, mas das circunstâncias em que ocorrem, produzindo dano ao administrado e legitimando a pretensão indenizatória.

Examinemos por partes o problema desses fatos naturais não conformes a direito e sua repercussão do Direito Administrativo. Em primeiro lugar, é essencial que a coisa ou o bem estejam sob regime especial de Direito Administrativo. É intuitivo que a submissão de um bem a esse regime especial pode resultar da própria natureza da coisa, como acontece, via de regra, com os bens públicos de uso comum; de uma destinação especial, no caso dos bens do patrimônio administrativo e de alguns bens de uso comum; e, do direito de propriedade ou de direito pessoal, em relação aos chamados bens dominicais. Além dessas hipóteses, bens privados e **res nullius** destinados ao uso comum ou especial, mediante negócio jurídico intermediário, como e.g., a locação, estariam submetidos, igualmente, ao mencionado regime.

Em segundo lugar, faz-se mister uma relação causal direta e objetiva, entre a lesão suportada pelo particular e o fato da coisa. Assim, o desabamento de um prédio público configura fato jurídico ilícito, se em prejuízo de terceiros. Da mesma forma, o incêndio de um veículo destinado ao uso da Administração, se ocorrendo em via pública danifica outros veículos ou prédios particulares. Fato invulgar, mas não impossível, o abandono do álveo por rio público, tomando leito em terrenos particulares, tipifica contrariedade a direito, porque ocasiona dano ao patrimônio privado, rendendo ensejo à obrigação de indenizar. 10 A ruptura de um dique ou barragem, inutilizando plantações, a queda de objetos de prédios públicos (art. 1529 do Código Civil), a fuga de animais ferozes de um parque zoológico mantido pelo Estado, ou mesmo de gado de uma estação experimental de Zootecnia, aos cuidados de ente público, desde que importem em prejuízos pessoais ou patrimoniais, são fatos naturais, da coisa ou do animal, configurando fatos jurídicos ilícitos em sentido estrito.

9. Francisco Campos. Pareceres, 1934. p. 231

10. Em contrário a opinião de Diogo de F. Moreira Neto. in Curso de Direito Administrativo, Forense. 2ª ed. 1974 nº 109, p. 271, aplicando textualmente o art. 544 do C.C.B.

Tem-se observado, com pertinência a alguns dos exemplos citados, certos desvios de enfoque, à conta de determinados autores e mesmo em algumas decisões judiciais. Com efeito, o costume secular de proceder o exame das questões que versam sobre responsabilidade à luz da idéia de culpa enseja, ainda hoje, extraordinários jogos de palavras, argumentos e raciocínios complicados, com o objetivo de reconhecer a obrigação de indenizar. Socorrem-se juízes e advogados dos conceitos de culpa "in omittendo", "in custodiendo", "in vigilando" etc. quando o de que se cogita é de intervenção antijurídica **sem culpa**, por fato da coisa ou do animal, sendo totalmente dispensável e, até mesmo, impertinente a consideração do elemento subjetivo. A imputabilidade, na espécie, não se funda na culpa, mas no vínculo objetivo pelo qual a coisa ou o animal "agentes" do dano se encontram submetidos ao poder jurídico, ao senhorio de vontade, da Administração.

4. OS FATOS JURÍDICOS LÍCITOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Por outro lado, é preciso assinalar que os fatos jurídicos ilícitos, se representam papel importante no campo da influência dos fatos naturais no Direito Administrativo, não são, todavia, a parte mais significativa e maior do conjunto, que é naturalmente constituída pelos fatos conformes a direito.

Contudo, a doutrina, no dizer de Zanobini, "não apresenta uma teoria geral dos fatos jurídicos objetivos, limitando sua atenção a um só dentre estes, o tempo. Certamente o tempo, seja em um momento determinado, seja na sua passagem continuativa, influi sobre muitíssimas relações jurídicas; porém, com análoga generalidade de aplicação apresentam-se muitos outros elementos objetivos do mundo externo; para limitarmo-nos aos mais importantes, recordemos o espaço, de um lado, a medida (extensão, volume, peso) das coisas, de outro. Trata-se de dados da realidade que têm valor jurídico não por si próprios, mas enquanto elementos de fatos jurídicos simples ou compostos".11

Confirmando essa assertiva, uma simples vista d'olhos sobre as regras de Direito Administrativo denunciará que grande parte dos seus suportes fácticos se compõem ou só de fatos naturais, o que é mais raro, ou da combinação destes com outros elementos. Isto evidencia a relevância jurídica que o legislador, em previsão abstrata, atribuiu aos fatos naturais, fazendo depender, ou só deles, ou da concretização de vários elementos, entre os quais o fato natural, a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas. Operam, nessa ordem, decisivamente, os fatos naturais na aquisição, modificação ou extinção de direitos, na órbita do Direito Administrativo, umas vezes contemplando como sujeito ativo á própria Administração, em outras, ao administrado, e, finalmente, em relações especiais, o contemplado, quer como sujeito ativo, quer como passivo, é o servidor público, o concessionário de serviço público ou outro co-contratante da pessoa administrativa.

Considerando o quanto seria fastidioso (para não mencionar a impossibilidade prática de fazê-lo nos limites de uma palestra) o rastreamento dos fatos naturais,

11. Autor e obra citada, cap. VI, § 2, 1, p. 212.

que de alguma forma entram na composição de supostos fácticos de regras administrativas, vamos tomar como campo de trabalho alguns setores e pinçar uns poucos fatos que apresentam maior significação. Em verdade, não parece, aqui, importante. pontuar até a exaustão, a presença dos fatos naturais na previsão hipotética das regras que os contêm; nosso objetivo é chamar a atenção para a técnica de análise dos pressupostos de fato, permitindo a fácil identificação daqueles em que entram elementos fácticos naturais.

5. FATOS NATURAIS NO REGIME DOS BENS PÚBLICOS

O primeiro setor de que nos ocuparemos é o dos bens públicos, por constituir um dos mais importantes capítulos do Direito Administrativo. Tomando como ponto de partida as disposições do art. 4º da Constituição do Brasil, de 1969, bem como as do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, verificamos, desde logo, que a definição dos bens da União, dos Estados e Municípios, se assenta, de um modo geral, em dados puramente fácticos, como a **localização** dos lagos, das ilhas lacustres, fluviais ou oceânicas, da foz e nascente dos rios, a **navegabilidade** destes ou suas **confrontações**, etc... Para os mesmos efeitos, é relevante o **fato da ocupação** de terras pelos silvícolas, ou o **fato da extinção** de seus aldeamentos. Na mesma linha, a conceituação dos terrenos de marinha se faz a partir de elementos naturais, combinando referências ao tempo e espaço, como a "**posição da linha do preamar médio de 1831**".12 Assim, também, a caracterização dos terrenos acrescidos de marinha alude à **aluvião** e à **avulsão** "que natural ou artificialmente se tiver produzido para o lado do mar, ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha".13

Outro acontecimento natural, o surgimento de uma ilha, desde que em rio ou lago público, impõe-lhe (à ilha) regime especial, assim como o novo leito tomado pelo rio público, que abandona o álveo antigo, é afetado ao domínio público.

Nesse passo, seria interessante frisar que a afetação de um bem a uma das formas de utilização coletiva, com a sua conseqüente inclusão no elenco dos bens públicos, pode operar-se por fato, sem a exigência de ato administrativo próprio. Sobre tal possibilidade adverte Laubadère, para quem a "afetação é o ato ou **fato** pelo qual se dá ao bem seu destino particular". 14

No mesmo sentido, Moreira Neto, que define a afetação como "a destinação **fáctica** ou jurídica de um bem a uma utilização coletiva". **A contrario sensu,** vê a desafetação como "a redução ou extinção, **fáctica** ou jurídica, da utilização coletiva de um determinado bem público".15 E, continua:

"Afetação ao domínio público por fato jurígeno ocorrerá, por hipótese, com a construção de uma obra pública em terreno particular; observe-se que neste caso, porque a afetação não se deu através de uma desapropriação regular – que seria uma afetação por ato jurídico –, há uma ilicitude que se resolve em perdas e danos".16

12 e 13. Decreto-Lei nº 9.760, de 5.09.1946, arts. 2º e 3º
14. A. de Laubadère. Traité Élémentaire de Droit Administratif. 1953. Paris. nº 1434, p. 742.
15. Autor e obra cit. p. 259, item 97.
16. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Obra cit., nº 97, p. 259.

Pontualize-se, no exemplo em apreço, que a construção em terreno alheio, espécie do gênero acessão, não se submete, quando se trata de obra pública, ao preceito do art. 547 do Código Civil, cuja incidência fica afastada. A prevalência do interesse público exige solução diversa, uma vez que a aplicação da regra aludida importaria na perda da construção em benefício do proprietário do terreno. Casos desta natureza têm sido, impropriamente, chamados de desapropriação indireta. Todavia, esta somente se verifica quando, em curso o procedimento expropriatório, a Administração toma posse do bem sem o cumprimento de todas as formalidades legais. Nas demais hipóteses o que há é esbulho, caracterizando fato jurídico ilícito, que enseja a pretensão reparatória do prejudicado, a ser deduzido em ação ordinária de indenização por perdas e danos.

O mesmo autor traz como exemplo de fato jurígeno desafetatório a destruição de um prédio público por um cataclismo, fazendo-o perder sua serviência.

Aqui, trata-se apenas de aplicação da regra geral do art. 77 do Código Civil, que firma o perecimento do direito em razão do perecimento de seu objeto. Se a perda ou destruição de bem público nos termos do art. 78 do C. Civil se dá por fato natural, ainda que extraordinário, como o caso fortuito e a força maior, tal fato, porque repercute diretamente no plano da própria existência ou utilidade do bem em causa, tem como conseqüência necessária e natural a sua desafetação.

Na mesma linha doutrinária argumenta Forsthoff que "por sua natureza, as correntes de água e as costas marítimas são coisas públicas. Esta propriedade jurídica é inerente ao objeto. Se este experimenta alguma alteração, por exemplo, as costas, por força de acessões, ou os rios por desvio de seu leito, também a qualidade jurídica da coisa pública participa destas mudanças".17

É ainda, de Forsthoff, a observação de que a "coisa pública termina ou pelo seu perecimento ou pela supressão de sua qualidade jurídica. Naturalmente, esta supressão não é possível a respeito daqueles bens que são públicos por condição natural própria. Porém, se esta condição desaparece, também as coisas perderiam sua qualidade de públicas. Assim, se as zonas costeiras mudam com a construção de diques ou ganhando terrenos ao mar e o que era praia converte-se em terreno interior, ou se um rio abandona seu leito habitual, o que era coisa pública se converte, no espaço circunscrito destas variações, em uma propriedade livre, submetida exclusivamente ao Direito Civil."18

Vemos, pois, que, por efeito de fatos naturais juridicizados, bens se incluem ou excluem do domínio público; outras vezes, a conseqüência é a mudança de classe, para não repetir o que já se disse antes a propósito da catalogação dos bens públicos, quase toda ela fundada naqueles dados objetivos externos de que fala Zanobini, como o espaço, a medida etc...

Também caberia, aqui, lembrar que a atribuição ao domínio público da herança jacente decorre de fato natural, **in casu**, o simples decurso do tempo (5 anos), qualificado na espécie como prazo presuntivo.19

17. Ernst Forsthoff. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid. 1958. § 19, 2. p. 492.
18. Idem, ib. § 19, 2. p. 498
19. Decreto-Lei 8.207, de 22.11.1945, que deu nova redação ao art. 1594 do C. Civil.

Com o mesmo efeito, o prazo presuntivo de 10 anos a que alude o art. 589, § 2º, do Código Civil, em que o simples advento do termo determina a passagem do imóvel abandonado e arrecadado como vago ao domínio público. Em sentido semelhante, o Decreto-Lei nº 5384, de 8 de abril de 1943, erigiu a União beneficiária do seguro de vida, à falta de beneficiário nomeado e das pessoas mencionadas no art. 1º e seu parágrafo único. Nesta hipótese, o fato natural é a morte do segurado aliada ao fato da inexistência de outros beneficiários. 20

Caso interessante de intervenção do Estado na esfera jurídica do particular, sem o caráter de ilícito, embora da intervenção possa resultar prejuízo, é o da requisição, cujo suporte fáctico se integra pelo conceito de perigo iminente, compreendendo-se, como exemplos deste, a guerra, a revolução, a calamidade pública, sem dúvida, espécies evidentes de fatos. Embora ninguém possa discutir que a requisição é ato administrativo, funda-se, todavia, numa situação fáctica, uma espécie de estado de necessidade (pré-excluída, pois, a contrariedade a direito), justificando o uso temporário de bens móveis ou imóveis, necessários, e.g., às forças armadas, para defesa nacional, contra ameaça interna ou externa, e para a defesa e manutenção da população.21

As considerações que vimos expendendo sobre os fatos naturais, enquanto geradores de efeitos no regime dos bens públicos, senão esgotam os múltiplos aspectos do tema, traçam pelo menos um quadro aproximado da realidade, denunciando a presença desses dados do mundo exterior, a que constantemente recorrem as regras jurídicas de Direito Administrativo, na regência das vicissitudes de seu dinamismo peculiar.

6. FATOS NATURAIS NO REGIME DO TRABALHO PÚBLICO

A conclusão semelhante se chegará se, variando o objeto em estudo, dirigirmos as nossas atenções para as relações pertinentes ao trabalho público. Aqui, a idade (22) do servidor como elemento combinado de suportes fácticos complexos de regras jurídicas sobre provimento de cargos públicos; ali, tomada como elemento único, portanto, fato jurídico em sentido estrito, como acontece na hipótese de aposentadoria compulsória por implemento de idade.

Em verdade, torna-se difícil encontrar, no regime jurídico do servidor público, direito ou vantagem cuja aquisição não dependa da verificação de, pelo menos, um fato natural, ainda que ligado a elementos de outra natureza.

Desta sorte, e apenas exemplificativamente: A aposentadoria por invalidez, que contempla o fato da doença ou do acidente, fatos naturais independentes da respectiva causa ou etiologia; a aposentadoria voluntária, que supõe o exercício de serviço público, durante um lapso de tempo certo e determinado; a fixação dos proventos da inatividade, integrais ou proporcionais, dependendo da natureza do fato que a houver ensejado.

20. Pontes de Miranda, obra cit., Vol. II, § 161, nº 7, p. 192
21. Constituição Federal de 1969, art. 153, § 22 e art. 591, § único do C. Civil
22. Pontes de Miranda, obra cit. § 161, 3, p. 189. "Todas as regras jurídicas sobre idade têm o seu suporte fáctico: ente humano + tempo."

Por outro lado, lembramos a longa lista de direitos e vantagens fundados no exercício de função pública por certo tempo, e por esta razão designados como **propter tempus**, e que destinam a remunerar, premiar o servidor **pro labore facto,** como as gratificações adicionais por 15 e 25 anos de serviço, os triênios e qüinqüênios, acréscimos que advêm aos vencimentos a cada etapa de 3 ou 5 anos de exercício.

Nestas hipóteses, é o tempo + exercício que concretiza suporte fáctico suficiente para a aquisição da vantagem. É ainda o tempo + assiduidade + não aplicação de certas punições que compõem o pressuposto de fato para a concessão de licença-prêmio. Outrossim, a percepção de uma gratificação + tempo + percepção no momento da inativação determina, em alguns estatutos, o direito à incorporação da vantagem aos proventos da aposentadoria.

Na mesma linha, o direito a férias, à estabilidade, à licença para tratar de interesses particulares, tem na composição de seus supostos fácticos o fato tempo.

Já a doença (que é fato) aparece como pressuposto para o gozo das licenças-saúde, e aliada ao fato do parentesco justifica a suspensão do dever de comparecimento e assiduidade, para tratar de pessoa da família.

De outra parte, o fato da gestação autoriza o afastamento da funcionária, bem como o fato da amamentação a redução da jornada de trabalho da nutriz.

Também a morte + parentesco até um certo grau dispensa do exercício o servidor público, por alguns dias, assim como o fato do nascimento de um filho libera-o por um dia de suas obrigações funcionais.

Tão extensa e significativa é a influência dos fatos naturais na relação de trabalho público que recordamos, para encerrá-la, que o próprio provimento dos cargos públicos, com o nascimento da relação entre servidor e Administração, pressupõe a comprovação por parte daquele, de que se encontra dentro da faixa etária limite (o que é fato) e que está no gozo de boa saúde física e mental (o que também é fato). Finalmente, não se deve esquecer que entre as causas de desprovimento se encontra o falecimento do servidor, que "extinguindo a relação principal de função pública é", ainda "fato jurígeno de várias relações derivadas, como a percepção de pensões, auxílio de funeral e outras mais que a lei estatutária institua".23

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mereceriam, ainda, exame especial, como objeto de um trabalho próprio, as categorias dos serviços públicos e dos contratos administrativos, onde os fatos naturais ordinários e extraordinários (estes a força maior e o caso fortuito), amiúde, aparecem, seja para determinar a revisão de tarifas ou preços públicos, seja para excluir a responsabilidade do co-contratante por mora, ou até mesmo para fundar a resilição dos contratos.

No terreno das licitações, para assinalar somente um exemplo, abre-se exceção ao princípio da obrigatoriedade daquelas, nos "casos de guerra, grave

23. Diogo de F. Moreira Neto. Obra cit., nº 84, p. 230.

perturbação da ordem ou calamidade pública", 24 em suma, espécies notórias de fatos jurígenos, como o são, igualmente, os "casos de emergência, caracterizada a urgência do atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos".25

Consistindo objeto deste trabalho a influência dos fatos naturais no Direito Administrativo, poderá parecer estranha a omissão, até agora, de referência mais pormenorizada sobre o mais notável destes fatos – o tempo –, e do modo por que influi nas relações jurídicas através da prescrição liberatória, do termo legal, do termo presuntivo e do termo preclusivo.

Sem desconhecer a importância dos institutos sobreditos, queremos deixar claro que tais assuntos são, em geral, analisados com grande minúcia e profundidade pelos corifeus do Direito Administrativo, constituindo o tema central, quando não o único, na abordagem dos fatos naturais. Assim Cirne Lima 26, Marcello Caetano 27, Zanobini 28, Manuel Maria Diez 29, Moreira Neto 30 e tantos outros.

Essa a razão pela qual optamos pela abordagem conceitual dos fatos naturais, conformes ou contrários a direito, omitindo aqueles que a doutrina vem sistematicamente tratando, e salientando os de menor realce, embora não menos significativos e freqüentes, no cotidiano da Administração, buscando apontar em que medida e sob que vestes tais fatos se apresentam no Direito Administrativo.

Finalizando, gostaríamos de lembrar que um fato existe, que desafia o próprio Direito, que se entranha no ordenamento jurídico, até para destruí-lo, constituindo, segundo Herrfahrdt "a modificação violenta dos fundamentos jurídicos de um Estado".31

Trata-se, à evidência, da Revolução, fato jurígeno ou fato com força normativa, que não apenas influi no Direito, porque, mais que isso, afeta a própria estrutura da ordem jurídica, demonstrando, como observa Cattaneo, "de modo mais evidente que o direito nasce do fato".32

24. Decreto-Lei nº 200, de 25.2.67, art. 126, "a"
25. Idem, letra "h"
26. Princípios de Direito Administrativo, p. 97 usque 102
27. Manual de Direito Administrativo, Forense. 1970. Rio. p. 382/384
28. Autor e obra citados, p. 209 a 221
29. Autor e obra citados, p. 87 a 99
30. Autor e obra citados. item 53, p. 158 e 194.6, p. 472
31. H. Herrfahrdt. Apud. Cattaneo. "El concepto de revolución en la Ciência del Derecho". Depalma, Bs. Aires. 1968. Prólogo. p. XXI
32. Cattaneo. Obra citada. p. 168

A CORREÇÃO MONETÁRIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ARNOLDO WALD
Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro

"A correção monetária passou a ser um imperativo ético e jurídico, que o legislador, a JURISPRUDÊNCIA e a doutrina cumprem a passos largos". Ministro ALIOMAR BALEEIRO (Voto proferido no ERE nº 75.504.

1. A função essencial da Suprema Corte consiste em interpretar a Constituição e as leis e garantir e fiscalizar a boa aplicação das normas jurídicas pelos tribunais inferiores, assegurando, assim, ao direito a necessária unidade, a adequada clareza e a imprescindível certeza, que são as condições **sine qua non** da segurança jurídica que deve imperar no país. No Estado de Direito, cabe também à Suprema Corte o insubstituível papel de modernizar o direito, ou seja, de adaptá-lo às novas condições sociais e econômicas e às aspirações do nosso tempo. Essa é a conclusão que se impôs em recente exame comparativo das funções dos tribunais supremos nos vários países, no qual se salienta que clarificar a norma jurídica importa sempre em modernizá-la, funcionando, na realidade, o litígio entre as partes como um simples pretexto para que a mais alta Corte do país possa, no interesse do direito, ou seja, no de todos os cidadãos, orientar os demais tribunais, encaminhando e retificando, sempre que necessário, a evolução do direito judiciário(1).

2. Desde o fim do século passado, reconheceu-se que estava ultrapassado o princípio da separação rígida de poderes (2) e tanto os tribunais como a doutrina foram admitindo, progressivamente, que os textos legais deviam sofrer o tratamento construtivo e modernizador do magistrado, cabendo-lhe a difícil tarefa de adaptar as normas e os princípios às novas condições fáticas não previstas inicialmente pelo legislador. A sobrevivência de diplomas legislativos, como o Código Napoleão e o próprio Código Civil Alemão (BGB) e, no Brasil, os nossos Códigos Civil e Comercial, só se explica pelo trabalho paciente e cuidadoso daqueles que permitiram que se chegasse "par le Code, au delà du Code".

3. A rápida evolução da tecnologia, que caracteriza o nosso negócio, e as grandes transformações que o nosso país sofreu em pouco tempo, obrigaram os tribunais a reações mais rápidas numa fase dominada pela aceleração do ritmo da história. Aos poucos, o magistrado foi obrigado a sair de sua posição esotérica de

(1) ANDRÉ TUNC, **La Cour Supreme Idéale**, in **Revue Internationale da droit comparé**, janeiro-março 1978, nº 1, Paris, publicação da Societé de Législation Comparée et de Libraries Techniques, pág. 437.

(2) BIGNE DE VILLENEUVE, **La fin du principe de séparation des pouvours,** Paris, Sirey, 1934, passim e especialmente pág. 65; CARRE LE MALBERG, **Contribution à la Théorie générale de l'Etat;** Paris, Sirey, 1922, tomo II, págs. 109/110 e JOSÉ LUIZ DA ANHAIA MELLO, **Da Separação de poderes à guarda da Constituição**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.

simples intérprete dos textos legais para examinar, em profundidade, as condições do meio ambiente e reconhecer, com ROSCOE POUND que a lei constitui no fundo um "instrumento de engenharia social". Assim sendo, na luta entre a lei e os fatos, as técnicas tradicionais do trabalho jurídico foram sendo complementadas pela análise de outras realidades, que o jurista não mais pode desprezar (3).

4. Embora não se possa mais falar no governo dos juízes, (4) é evidente que o desenvolvimento e a sofisticação progressiva da sociedade moderna obrigaram o Poder Judiciário e, em particular, a Suprema Corte a dirimir determinados conflitos cujas soluções não foram legalmente previstas e que envolvem conflitos de valores entre as legítimas aspirações de justiça, segurança e progresso econômico e social do país. Por várias vezes, nos últimos anos, a **Supreme Court** norte-americana teve que escolher certos valores em detrimento de outros, tomando posição em questões tão controvertidas como a segregação racial (5), a luta contra os **trusts** (6), a proteção do indiciado que depôs sem a presença de advogado (7) e os privilégios do executivo (8). Sob a direção de EARL WARREN, o mais alto tribunal dos Estados Unidos chegou a assumir um papel de elemento reformador da comunidade norte-americana, inspirando-se no ideal da **"egalitaria society"** para extrair da Constituição todas as suas lições referentes à igualdade e à liberdade individual numa sociedade liberal e pluralista (9).

5. No Brasil, várias obras recentes tiveram o ensejo de dar a necessária ênfase das liberdades individuais e dos direitos políticos (10). Na área do direito privado, conhecemos, todavia, poucas análises da função construtiva desempenhada pelo nosso mais alto tribunal, embora se revestissem da maior importância das conseqüências práticas das decisões por ele tomadas, que importaram numa verdadeira transformação do direito vigente.

6. O século XX já foi definido como "a era de inflação" em virtude da institucionalização do progressivo decréscimo do poder aquisitivo da moeda que

(3) W. FRIEDMANN, **Law in a changing society**, 2a. edição, Londres, Stevens e Sons, 1972, pág. 46. O **Justice Holmes**, já dizia que "aquele que só sabe o direito nem o direito sabe". Por sua vez, o jornalista James Clayton chegou a escrever que: "Para achar apoio, um **Justice** deve ser mais do que um juiz e um jurista. Para ser um grande ministro da Suprema Corte, ele deve ter a largueza de interesse e de compreensão dum homem da renascença". (Ap. ALIOMAR BALEEIRO, **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**, Rio Forense, 1968, pág. 57).
(4) EDOUARD LAMBERT, **La gouvernamant des juges**, Paris, Marcel Giard & Cie, 1921, e ROGER PINTO, **La cour supréme et le New Deal**, Paris, Sirey, 1938.
(5) **Brown v. Board of Education**, 347 U.S./485 (1954).
(6) U.S. v. I.E. duPont de Nemours & Co, 351 U.S. 377(1956).
(7) **Miranda vs. Arizona**
(8) Decisão proferida no caso do PRESIDENTE NIXON, V. James Doyle, **Not above the law (The battles of Watergate Prosecutores Cox and Jaworski)**, N. York, William Morrom and Cy, 1977, pág. 332 e seguintes.
(9) W. Friedmann, **obra citada**, na nota 3, pág, 70 e ARCHIBALD COX, **The role of the Supreme Court in American Governmant**, 1975, assim como ALIOMAR BALEEIRO, **obra citada**, pág. 54 e seguintes.
(10) ALIOMAR BALEEIRO, **obra citada**, especialmente pág. 58 e seguintes; OSWALDO TRIGUEIRO DO VALE, **O Supremo Tribunal Federal a instabilidade politico-institucional**, Rio, Civilização Brasileira, 1976, passim e JARDEL NORONHA DE OLIVEIRA e ODALÉA MARTINS, **Os IPMs e o habeas-corpus no Supremo Tribunal Federal**, São Paulo, Sugestões Literárias, 1967, 3 volumes, OSWALDO TRIGUEIRO, DO VALE salienta, no seu trabalho, que "a nossa história não poderá excluir o Supremo Tribunal Federal, aqui situado como baluarte em defesa de nossa maturidade no processo de mudança de nosso sistema político" (pág. 167) após ter considerado como sendo de "transcendental importância" o papel político do Supremo Tribunal Federal.

atingiu, na maioria dos países, proporções tais que não mais foi possível manter a "ilusão da moeda estável" à qual se referia IRVING FISCHER. Ao contrário, o aumento brutal do custo de vida exigiu que a sociedade se reorganizasse para conviver com a inflação, encontrando um substituto adequado para a moeda, que não mais atendia à sua função, de "ponte entre o passado, o presente e o futuro" ou da "medida de valor de todas as coisas". Paulatinamente, o direito foi criando novas unidades de conta, como a ORTN e a UPC, para permitir as contratações a médio e longo prazo. Diante dessa situação e em virtude da omissão do legislador, coube aos tribunais decidir, em numerosas hipóteses, se devia ou não ser abandonado o nominalismo para que passasse a prevalecer, no superior interesse da Justiça e da própria sociedade, o realismo monetário, atendendo-se às variações do poder aquisitivo da moeda.

7. A correção monetária constitui um conjunto de medidas introduzidas no domínio das relações econômicas em nosso país, com a finalidade de encontrar uma fórmula de convivência do mercado com a inflação. Essa revalorização dos créditos, determinada por várias dezenas de diplomas legais (11) e pela jurisprudência, foi considerada como um dos elementos do "milagre brasileiro". Alguns economistas chegaram a afirmar que ela representava um **know-how** específico digno de ser exportado (12) que, aliás, foi estudado em numerosos trabalhos nacionais (13) e estrangeiros (14) e inspirou a recente legislação argentina na matéria (15).

8. Não há dúvida que um dos graves problemas que têm entravado o bom funcionamento da justiça decorre da ausência de normas legais adequadas para garantir o credor contra os efeitos da depreciação da moeda. Assim, numa época em que os juros anuais cobrados pelos bancos alcançam e algumas vezes

(11) O Ministro Vitor Nunes Leal fez um levantamento de mais de 50 diplomas legislativos existentes até 1970 que transcrevemos em Arnoldo Wald, **Estudos e Pareceres**, 1a. série, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, pág. 79.
(12) Roberto Campos, prefácio à obra **Corração Monetária** de Mário Henrique Simonsen, Julian Chacel e Arnoldo Wald, Apec, 1970, pág. 11.
(13) Além da monografia referida na nota anterior, consulte-se Paulo Barbosa de Campos Filho, **Obrigações de Pagamento em dinheiro**, Rio, S. Paulo, Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1971, o Boletim nº 12, de novembro de 1975, da Associação dos Magistrados Brasileiros no qual constam os trabalhos do simpósio sobre a "A decisão judicial e a inflação monetária"; Paulo de Araújo Lima, **"A correção monetária sob a perspectiva jurídica**, Rio, Borsoi, 1972 e Galeno Lacerda, **Correção monetária e discrição dos tribunais**, publicação da Prefeitura Municipal de Passo Fundo, 190, assim como os pareceres do Ministro Vitor Nunes Leal, do Embaixador Pontes de Miranda e do Dr. João de Oliveira Filho, que constam no memorial apresentado no RE nº 71.634. Sobre aspectos específicos, v. ainda Eugênio R. Hadock Lobo e Francisco Costa Netto, **Correção monetária trabalhista**, Rio, Edições Trabalhistas, 1967; Bernardo Ribeiro de Moraes e Ives Gandra da Silva Martins, **A correção monetária de débitos fiscais perante o ordenamento jurídico**, São Paulo, Editora Resenha Tributária, 1976 e Edson de Carvalho, **A inconstitucionalidade da correção monetária de débitos fiscais**, São Paulo, ITN Editora, 1977

(14) Philippe Auberger, **Le modèle brésilien de lutte contra l'inflation** (1964-1973), Paris, **La documentation française**, 1973; George Lefcoe, **Monetary Correction and Mortgage Lending in Brazil**, Stanford Law Review 21,106 (1968) e Keith Rosenn, **Adaptation of the Brazilian Income Tax to Inflation**, na mesma revista, vol. 21, pág. 58.

(15) Gurfinkel de Wandy, **Depreciação monetária – Revaluación de deudas dinararias**, B. Aires, Depalma, 1976, passim.

ultrapassam cerca de 50% ao ano, o que se explica com uma inflação superior a 40%, o devedor moroso somente está sujeito nos processos judiciais ao pagamento de juros de 6% ao ano, na falta de convenção das partes, e ao teto de 12% no caso de existir cláusula contratual sobre a matéria. Assim sendo, aguardar o momento da execução da sentença judicial para pagar os seus débitos tornou-se uma forma de enriquecimento sem causa, para o réu, e de empobrecimento para o credor, ensejando, outrossim, a multiplicação dos feitos na Justiça, pois ao devedor não mais interessa obter a vitória na causa, mas simplesmente ganhar tempo, para pagar o que deve em moeda depreciada (16).

9. A proliferação dos feitos leva, por sua vez, ao congestionamento da Justiça, criando-se um círculo vicioso dentro do qual a multiplicação dos processos torna os julgamentos cada vez mais lentos e essa própria demora encoraja os devedores a recorrerem ao Poder Judiciário para se beneficiarem dos efeitos de uma legislação, cuja premissa básica foi a estabilidade do poder aquisitivo da moeda.

10. O reconhecimento da existência dessa situação não é fato recente e, já em 1975, no **Diagnóstico**, que elaborou sobre a nossa Justiça, o Supremo Tribunal Federal salientou que se impunha a generalização da correção monetária para evitar a pletora de processos e impedir que o demandante vencedor obtenha "reparação incompleta e desvaliosa, pela indispensável demora da demanda, com benefício do litigante sem razão". E conclui a nossa mais alta Corte que "essa evidente falha na aplicação da Justiça cumpre ser prontamente eliminada".

11. Os efeitos benéficos da aplicação da correção monetária em relação ao descongestionamento da Justiça já foram, aliás, comprovados quando a lei federal determinou a incidência dos índices de revalorização no caso de mora no pagamento dos débitos fiscais. Pouco tempo após o advento da Lei nº 4.357, de 16.7.1964, que determinou a correção dos tributos que não tinham sido pagos oportunamente, as Varas da Fazenda de todo o país verificaram uma ampla diminuição do seu movimento, sendo incontestável que o mencionado diploma legal e a legislação estadual que mandou aplicar os seus princípios na área local funcionaram como grandes catalizadores da pontualidade tributária dos contribuintes.

12. Não há dúvida que algumas leis especiais, como as referentes aos débitos fiscais, à locação, à desapropriação e às vendas de imóveis dentro do sistema financeiro habitacional resolveram as dificuldades existentes em campos específicos, deixando, todavia, as demais relações jurídicas na dependência de construções jurisprudenciais que, por mais corajosas que possam ser, defluem sempre de uma elaboração lenta e contínua. Efetivamente, elas decorrem da sedimentação das teses jurídicas consolidadas pela reiteração dos julgamentos no mesmo sentido e da criação de um consenso que acabou surgindo para consagrar, progressivamente, a tese vitoriosa da revalorização dos créditos em áreas sempre mais extensas.

13. Na realidade, tornou-se necessário fazer com que a sensibilidade dos magistrados e o seu senso de Justiça permitissem que fosse superada a tradição

(16) Tullio Ascarelli considera que constitui um problema jurídico fundamental saber se é o credor ou o devedor que deve arcar com os riscos da depreciação monetária (**Studi guiridici sulla moneta**, Milão, Dott. A. Giuffrè ed., 1952, pág. X e XI.

nominalista da qual estavam impregnados e o mito de estabilidade monetária que ainda dominava a nossa sociedade. Assim, não foi possível encontrar, de imediato, uma solução geral para todos os casos, que somente o Poder Legislativo poderia apresentar, preferindo o Supremo Tribunal Federal, na sua alta sabedoria, decompor, cartesianamente, o problema em vários momentos, dando, sucessivamente, soluções adequadas para as várias situações que podiam ocorrer.

14. Efetivamente, os tribunais foram admitindo a correção nos casos em que a injustiça aparecia de modo mais ostensivo, como os de alimentos, de expropriação e de responsabilidade civil por danos pessoais. Algumas vezes foram feitas distinções, cujos fundamentos jurídicos poderiam parecer discutíveis, mas que correspondiam ao senso de justiça dos magistrados. Foram essas distinções que permitiram a evolução gradativa da nossa jurisprudência, funcionando como verdadeiras "válvulas de segurança" ou "amortecedores" de uma legislação que não previa a inflação.

15. Assim, inicialmente, os julgados não quiseram enfrentar o problema do nominalismo, recusando-se a reconhecer que inexistia, no sistema legislativo brasileiro, qualquer norma legal que impedisse as autoridades judiciárias e as partes de atenderem às variações do custo de vida e de corrigir as distorções conseqüentes. Entendeu a Suprema Corte que as injustiças decorrentes dessas situações deviam ser objeto de legislação própria, não cabendo ao Poder Judiciário substituir-se, na matéria, ao legislativo. Em várias ocasiões, eminentes ministros da nossa mais alta Corte se revoltaram contra a ausência de normas adequadas sobre a correção monetária, convocando o legislador para que atendesse às necessidades reais do país e da Justiça (17).

16. As situações de uma injustiça mais chocante mereceram soluções inspiradas em princípios próprios a cada um dos institutos. No tocante aos alimentos, atendeu-se à possibilidade de revisão já prevista tradicionalmente pela legislação, considerando-se a inflação como uma causa justificativa de aumento das necessidades do alimentando. Nos casos de responsabilidade civil, admitiu-se, inicialmente, o deslocamento do momento da avaliação dos danos, que passou do dia do evento para o da perícia ou o da própria sentença e que o Supremo Tribunal Federal considerou não ser contrário à lei (18).

Com referência aos danos pessoais, a jurisprudência invocou o art. 1.537 do Código Civil para admitir que a pensão decorrente de ato ilícito tinha caráter alimentar, constituindo, pois, uma dívida de valor e, conseqüentemente, o Supremo Tribunal Federal passou a confirmar as decisões que atribuíam à vítima uma pensão móvel e cujo valor evoluía com o salário-mínimo.

(17) Aasim, ainda em 1964, o Ministro Vitor Nunea Leal, ao julgar os embargos à decisão proferida no RE nº 51.670 afirmou que: "O que é preciso é que o legislador estabeleça um critério prático e justo que poderá ser, eventualmente, o da correção monetária. Na ausência de legislação que venha a corrigir tais injustiças, rejeito os embargos". (**RTJ**, 32/484). No mesmo sentido, dez anoa depois, em 1974, o Ministro Xavier de Albuquerque, referindo-ae à correção monetária da indenização por danos materiais, escreveu: "Bem sei que a desatualização do valor monetário corrói a reparação do dano e frustra, ao menos parcialmente, a reposição patrimonial do estado anterior. Mas essa é uma realidade visível que o legislador não pode ignorar e a qual lhe cumpre, a ele e não a nóa, dar o remédio adequado" (RE 77.563).

(18) Súmula nº 314 do Supremo Tribunal Federal.

17. Em relação à responsabilidade por danos pessoais, a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi, pois, a seguinte:

a) até 1958, predomina a avaliação do dano na data do evento;

b) de 1958 a 1963, o Supremo Tribunal Federal considera razoável a interpretação dos tribunais locais que admitem a data da avaliação do dano na data da sentença ou do acórdão (Súmula nº 314) e tolera a pensão móvel;

c) a partir de 1963, robustece-se a orientação no sentido de impor a pensão móvel, que deve ajustar-se às variações do salário-mínimo, tornando-se a matéria mansa e pacífica no plenário, em 1966, com a elaboração da Súmula nº 490.

18. No tocante às desapropriações, a posição dominante, até 1963, foi no sentido de não admitir a correção monetária, prevalecendo a tese da Súmula nº 416 de acordo com a qual

"pela demora no pagamento do preço da desapropriação, não cabe indenização complementar".

19. Em 1965, a correção monetária da indenização expropriatória foi determinada pela Lei nº 4686, de 21.6.1965, cuja inconstitucionalidade foi suscitada em vão(19). Para evitar certos efeitos pretéritos da mencionada lei, que poderiam ser desastrosos para a União Federal, foi aprovada a Lei nº 5670 de 1971, cuja constitucionalidade o Supremo Tribunal Federal reconheceu em excelente acórdão que honra a magistratura brasileira, pelos argumentos que foram apresentados por ambas as correntes, numa votação que terminou com seis votos a favor da constitucionalidade e quatro contra. Na ocasião, os Ministros Luiz Gallotti e Aliomar Baleeiro defenderam a necessidade de ser mantida a construção já realizada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de fazer incidir a correção desde a avaliação, enquanto o Ministro Bilac Pinto invocou, além dos argumentos jurídicos, outros de caráter político e econômico para reconhecer a constitucionalidade da Lei nº 5670, que, aliás, fora brilhantemente defendida pelo então Procurador Geral da República e hoje Ministro Xavier de Albuquerque(20).

20. A decisão então proferida pelo Supremo Tribunal Federal teve grande influência nos dez anos seguintes, durante os quais predominou o princípio da reserva legal, de acordo com o qual a correção monetária só é admissível quando legalmente prevista. Na realidade, a regra foi aos poucos sendo complementada. Reconheceram os acórdãos a validade da correção monetária convencional sempre que não fosse expressamente vedada por lei de ordem pública e, conseqüentemente, diversas decisões consagraram a validade da correção nas vendas e promessas de venda de imóveis, mesmo quando não enquadradas no sistema do BNH(21). Por

(19) Simonsen, Chacel e Wald, **obra citada**, pág. 226 e seguintes.
(20) Embargos no Recurso Extraordinário nº 69.304-MG, in **RTJ** 61, pág. 719.

outro lado, o Supremo Tribunal Federal foi, aos poucos, admitindo a teoria das dívidas de valor, considerando que elas estariam sujeitas ao reajustamento de acordo com as variações do poder aquisitivo da moeda, pois nelas se devia não um **quantum** determinado, mas sim um **quid**. Podemos afirmar que, em 1974, o Supremo Tribunal Federal tinha firmado a sua posição no tocante à correção monetária considerando-a válida

a) quando legalmente prevista;
b) quando decorrente de acordo das partes, não havendo lei impeditiva;
c) quando aplicada nas dívidas de valores, só incidindo na indenização de danos pessoais.

Embora existissem alguns acórdãos isolados que discrepavam do critério acima fixado, era ele que inspirava o Tribunal Pleno e ambas as turmas, ressalvando-se, tão-somente, a possibilidade de ser admitida a correção em casos cujas circunstâncias específicas pudessem justificar um tratamento diferente.

21. Ainda em 1974, julgando os Embargos do RE nº 75.504, o saudoso Ministro Aliomar Baleeiro salientou a necessidade da construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no tocante à correção monetária nos seguintes termos:

"Por outro lado, numa época em que a inflação não é mais a endemia do Brasil e dos povos mal desenvolvidos com surtos epidêmicos e breves nas nações maduras feridas pela guerra – a correção monetária passou a ser um imperativo ético e jurídico que o legislador, a jurisprudência e a doutrina cumprem a passos largos.

A preocupação dos economistas e juristas em torno dos problemas teóricos e práticos suscitados pela indexação ou pela correção da moeda, mostra-se bem intensa nos últimos 20 anos, quando ainda se não generalizava no mundo o impacto inflacionário com a política árabe do petróleo neste momento. Reporto-me aos ensaios de E. JAMES, HAMEL (que fez conferências no Rio), JUGLART e H. VIAUX (este sobre o Direito Comparado) na **Revue Économique** (Paris, março de 1955, págs. 161 a 221). Ou os trabalhos de E. L. BACH, J. BARRÈRE, A. DECOCQ, J. P. DOUCET, M. CENGREL e O. KUHNMINCH, reunidos pelo Prof. PAUL DURAND sob o título **"Influence de la Dépréciation Monétaire sur la vie juridique privée"** (Paris, 1961).

Aliás, no Brasil, há mais de 15 anos, ocupa-se com o problema o Prof. ARNOLDO WALD em monografias e artigos.

Contra o mito clássico do nominalismo e de estabilidade do dinheiro nas leis, há muito considera-se autônomo um ramo jurídico, o Direito

(21) Acórdãos referentes aos RE nº 72.676, RE 76.620, RE 75.869, RE 75.646, RE 72.562, RE 81.856. O reconhecimento da validade das operações realizadas com correção monetária com as instituições financeiras constituiu uma aplicação do princípio da validade da convenção das partes neste sentido. (Súmula 562). O Supremo tem reafirmado a vigência da lei, da usura, mas faz a adequada distinção entre juros e correção monetária de tal modo que em tese seria ilegal a correção convencionada entre pessoas físicas ou jurídicas que não fossem instituições financeiras. (V. voto do Ministro Cordeiro Guerra no RE nº 88.159).

Monetário, de que é obra das mais primas a de ARTHUR NUSSBAUM, **'Derecho monetário nacional e internacional"** (trad. esp., Buenos Aires, 1954).

O Supremo Tribunal, ainda que um tanto tímido, **data venia,** vem construindo pretoriamente uma revisão de conceitos, para remediar a lentidão do legislador, que, por enquanto, só trouxe soluções parciais e discriminatórias, agravando o mal pelas desigualdades reinantes; uns recebem a correção, outros são espoliados pelo mais desenvolto locupletamento indébito.

Lembro as dúzias de acórdãos sobre a correção monetária na impropriamente chamada "desapropriação indireta", consociação de reivindicatória convertida em ação de perdas e danos. Igualmente, os muitos julgados em indenização de atos ilícitos.

Alguns passos decisivos no aperfeiçoamento pretoriano de nosso Direito, nesse campo, foram dados por acórdãos inesqueciveis, como, por exemplo, o de LUIZ GALLOTTI, de 18.3.74, da 1ª Turma, unânime, no Recurso Extraordinário 77.803, em que a correção foi concedida ne devolução de preço por nulidade de venda de imóvel de área inferior ao módulo legal. Outro de igual avanço, o de ADAUCTO LUCIO CARDOSO, da 2ª Turma, unânime, de 18.6.68, no Recurso Extraordinário 64.122, RTJ, 47/500, caso de correção admitida em rescisão de contrato de compra e venda pela culpa do vendedor.

Esses e outros julgados mostram que, ao invés de divergir, o venerando acórdão embargado segue as tendências do pensamento do Supremo Tribunal na solução do dificultoso problema. E não percamos de vista que estamos diante de um caso de indenização por atos criminosos dos órgãos jurídicos da ampresa embargante.

Afinal, o Supremo de 1974 é aquele mesmo que CAMPOS SALLES modelou no Decreto 848, de 11.10.1890, à imagem da Corte Suprema dos Estados Unidos com as mesmas **funções de freio e também de acelerador do Poder Legislativo.** E desse Augusto Tribunal americano MARTIN SHAPIRO escreveu que, entre as suas tarefas, tem a de cientista político, legislador trabalhista, elaborador de diretrizes políticas **(policy-maker)** e economista (**"Law and Politics in the Supreme Court. New approaches to political jurisprudence".** N.Y. 1964).

Em nenhum outro assunto atual, pois, é mais urgente a ação construtora do Supremo do que nessa da correção monetária, sem a qual o cumprimento das obrigações se degrada numa irrisão.

22. O apelo do Ministro ALIOMAR BALEEIRO não foi em vão. As razões econômicas e políticas que, em outra fase, fizeram com que a mais alta Corte considerasse não poder atribuir a correção monetária, sem lei prévia que a autorizasse, estavam desaparecendo. O País tinha que conviver com a inflação e a correção monetária deixara de ser um privilégio atribuído aos créditos fiscais para

transformar-se numa técnica generalizada de adequada distribuição da Justiça. O próprio sistema legislativo tinha multiplicado as hipóteses de sua aplicação e os particulares, incentivados a utilizá-la, passaram a convencionar a sua incidência nos contratos. A doutrina tinha desenvolvido, entre louvores e críticas, a teoria das dívidas de valor. Com o decorrer do tempo sentiu-se a necessidade de uma gradativa sistematização do direito monetário nacional e já se disse que essa é a maior dificuldade existente no tocante à correção monetária (22). Diante do desafio, o Supremo Tribunal Federal deu um primeiro passo, a fim de superar a distinção que tinha estabelecido a indenização dos danos pessoais e a dos danos materiais. Já existia, aliás, um consanso no sentido de não mais se justificar a diferença de regimes legais que não tinha fundamento lógico ou sistemático, baseando-se, tão-somente, em razões históricas e numa opção valorativa, de acordo com a qual a jurisprudência entendeu não poder negar a revalorização às indenizações dos danos pessoais assimilando-as às pensões alimentares (23). Por outro lado, a extensão da correção monetária às desapropriações indiretas fez com que não houvesse mais justificativa para dar tratamento distinto aos casos de responsabilidade civil e de desapropriação indireta, tanto mais que, em certas hipóteses, a situação de fato existente poderia ensejar a aplicação de qualquer um dos dois regimes(24).

23. **O diagnóstico** do Supremo Tribunal Federal constituiu mais um apelo ao legislador, que não respondeu à convocação do Poder Judiciário. Aos poucos os votos vencidos da minoria passaram a constituir os votos majoritários e a correção dos danos materiais foi sendo admitida em algumas decisões, levando o problema ao Plenário para uma tomada de posição definitiva da mais alta Corte.

24. Essa situação ensejou, em 1975, o julgamento, pelo Tribunal Pleno, do Recurso Extraordinário nº 79.663-SP, que demorou sete meses, em virtude de sucessivos pedidos de vista, revelando o esforço dos vários Ministros para chegarem a um denominador comum. No referido julgamento, cujo acórdão foi publicado na **RTJ** 79/515, a quase totalidade dos Ministros adotou a tese da correção monetária, contra um único voto. O relator, Ministro ALIOMAR BALEEIRO, afirmou que: "Negar a correção no caso é permitir o locupletamento indébito do recorrente, o que fará tremer os ossos de Pompônio se ainda existem". Após o levantamento da jurisprudência anterior do Excelso Pretório, concluiu que só havia resistência em matéria contratual, embora também existissem acórdãos que tinham concedido a correção no caso de rescisão de contratos. O Ministro RODRIGUES ALCKMIN que fora, desde a época em que pertencia ao Tribunal de São Paulo, um grande defensor da correção monetária, afirmou que a ausência da correção era uma das causas da doença social que constituiu a litigiosidade, concluindo ainda que "o

---

(22) JEAN CARDONNIER, **L'influence de la dépréciation monétaire**, estudos dirigidos por Raul Durand, Paris, Librairie générale de droit, 1961, pág. 1.

(23) A evolução do Supremo Tribunal Federal foi acompanhada pelas demais Cortes do País e pela opinião pública em geral. Assim, no simpósio que realizou no Rio de Janeiro, em 28.5.1975, a Associação dos Magistrados Brasileiros concluiu os seus trabalhos defendendo a extensão da correção monetária às indenizações de danos materiais. (Ap. **Boletim da Associação dos Magistrados Brasileiros,** nº 12, novembro de 1975, pág. 126).

(24) V. a respeito a decisão proferida no RE nº 79.678.

processo não pode servir para beneficiar a quem não tem razão"(25). O Ministro CORDEIRO GUERRA reconheceu que inexistia motivo para dar tratamento distinto aos danos materiais e aos danos pessoais. O Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE reconsiderou a sua posição anterior atendendo "à realidade imperante no país". O Ministro THOMPSON FLORES também aderiu à tese vitoriosa, embora não se convencesse do cabimento da distinção entre dívidas de dinheiro e de valor. Foi importante, no caso, o consenso quanto às conclusões, embora diferentes os fundamentos das decisões dos julgadores. O acordo se realizou em torno de duas idéias básicas: a artificialidade da dualidade de regimes estabelecidos anteriormente para os danos pessoais (com correção) e os materiais (sem correção) e, por outro lado, a imoralidade do enriquecimento do devedor que se aproveita da demora do processo para dele obter vantagem. Reconheceu-se, pois, que a correção correspondia a um "princípio ético", como bem salientara o Ministro RODRIGUES ALCKMIN(26).

25. O acórdão serviu de base para a Súmula nº 562, e, na realidade, afastou o argumento anteriormente dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de acordo com o qual não podia haver correção monetária sem lei, ou seja, o princípio da reserva legal(27). A correção passou a incidir a fim de permitir a **restitutio in integrum** e impedir o locupletamento indevido. Pois, é a própria lei que determina o pleno ressarcimento dos danos e que não admite o enriquecimento injusto decorrente da demora do processo.

A decisão foi baseada nos princípios gerais e, embora se refira ao ato ilícito, abriu um caminho amplo para a incidência da correção nos casos de responsabilidade contratual, pois até a teoria da boa-fé e a da lealdade fundada no art. 242 do Código Civil Alemão (BGB) foram invocadas adequada e oportunamente.

26. Posteriormente, vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal mandaram aplicar a correção em casos típicos de responsabilidade, referindo-se ao "ato ilícito contratual"(28).

27. Em algumas decisões recentes já vislumbramos a possibilidade do Supremo Tribunal Federal admitir a correção monetária não só das dívidas de valor, mas também das dívidas de dinheiro, desde que tenha havido mora. Na realidade, com a impontualidade ou inadimplemento do devedor, a obrigação se transforma em responsabilidade e, conseqüentemente, o ilícito contratual importa em transformar o débito de dinheiro em dívida de valor, justificando a correção monetária. Neste sentido, o não pagamento oportuno de cheques irregularmente emitidos

(25) **RTJ**, 79/522.
(26) Trata-se de verdadeiro acórdão líder que modificou os horizontes da nossa jurisprudência em materia de responsabilidade civil. V. a respeito a nota oportuna do Professor ROBERTO ROSAS na **Revista Forense**, vol. 258, pág. 433.
(27) Neste sentido um acórdão do Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara do qual foi relator o Desembargador Basileu Ribeiro Filho, entendeu que a correção sendo inerente à reparação, se se fosse procurar uma lei para justificá-la seria o caso de invocar o próprio Código Civil. (Recurso de Revista nº 9674, in **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara**, vol. 35, 1975, pág. 52).
(28) RTJ, 76/623

justifica a incidência de correção monetária como bem salientou um acórdão da Segunda Turma, do qual foi relator o Ministro CORDEIRO GUERRA que enfatizou tratar-se, no caso, de indenização civil decorrente de culpa, impondo-se a atualização da indenização sob pena de frustrar-se a sua finalidade(29).

28. Por outro lado, a própria analogia foi invocada pelo Supremo Tribunal Federal para aplicar a correção em favor daqueles que obtinham a devolução de débitos fiscais indevidamente pagos(30).

29. No caso de atraso de pagamento da indenização expropriatória, entendeu a mais alta Corte que a correção era devida até o efetivo pagamento, procedendo-se à atualização do cálculo, ainda por mais de uma vez, se necessário (31).

30. Como vimos, o Supremo Tribunal Federal superou as divergências existentes em seu seio quanto à aplicação da correção monetária e realizou um trabalho construtivo de grande importância para a Nação e para a própria Justiça. Efetivamente, em virtude de sucessivas decisões, que sempre foram precedidas de amplo debate, firmou-se, de modo manso e pacífico, a jurisprudência nos termos seguintes:

a) podem as partes livremente convencionar a correção monetária desde que não exista vedação expressa por norma de ordem pública;

b) a correção monetária não se confunde com os juros, pois ela é a atualização da própria dívida (31A);

c) em todos os casos de responsabilidade civil cabe a correção monetária. Embora a Súmula nº 562 só se refira aos danos materiais causados por atos ilícitos, o entendimento do Supremo abrange, atualmente, qualquer tipo de dano causado, tanto nas hipóteses de responsabilidade delitual, extracontratual ou aquiliana, como nos casos de responsabilidade contratual;

d) nas desapropriações, o atraso culposo da administração no pagamento da indenização devida justifica a correção monetária, não obstante o disposto na Súmula nº 416;

e) a correção deve incidir até o efetivo pagamento do débito ou da indenização (Súmula nº 561);

f) admite-se a correção monetária em virtude de aplicação analógica da lei, não se exigindo, pois, lei expressa para que a correção possa incidir.

(29) RE nº 83.646
(30) RE nº 75.050; RE nº 75.244; RE nº 87.253; RE nº 83.436, (**RTJ** 81/570) e RE nº 82.666 (**RTJ**, 81/167).
(31) Súmula nº 561.
(31A) V. o excelente voto do Ministro Xavier de Albuquerque na Reclamação nº 35 in **RTJ**, 79/734-735.

31. Verificamos, pois, que uma fase importante de cristalização e sistemstizaçãc da jurisprudência foi concluída quando o Supremo Tribunal Federal introduziu, entre as suas Súmulas, as de nº 596, excluindo a incidência da lei de usura em relação às instituições financeiras, nº 562, mandando corrigir a indenização por danos materisis decorrentes de atos ilícitos e nº 561, consagrando a possibilidade de ocorrências de várias correções sucessivas na indenização decorrentes de expropriações, no caso de mora do expropriante.

32. É preciso salientar, outrossim, que mais um passo está sendo raalizado, já agora, no sentido de aplicar a correção monetária nas próprias dívidas de dinheiro, desde que se tenha configurado a mora do devedor. De fato, se toda lesão de direito deve ser reparada integralmente, mediante a restauração do credor ao **status quo ante,** ou seja, na situação em que se encontraria se a obrigação tivesse sido cumprida antecipadamente, impõe-se a correção em todos os casos de mora, pouco importando a natureza da dívida (de dinheiro ou de valor) ou a sua origem contratual ou extracontratual. É tão-somente, com essa incidência que a distribuição da justiça atenderá aos princípios morais que devem imperar na sociedade, evitando-se que o crime e a morosidade possam enriquecer o davedor impontual.

33. Na realidade, os argumentos que levaram sucessivamente o Excelso Pretório a admitir o reajustamento da indenização dos danos pessoais e, mais recentemente, materiais, também justificam a correção monetária dss dívidas de dinheiro no caso de mora ou de inadimplemento. Efetivamente, quer a dívids seja de dinheiro ou de valor, quer o seu fundamento seja o contrato, a lei ou a prática do ato ilícito, em todos os casos, não se pode transformar o processo numa fonte de enriquecimento ilícito do devedor em detrimento do credor, sendo o mesmo o imperativo legal e ético que deve ser aplicado.

34. A generalização dessa tese, que se encontrava implícita am alguns acórdãos, mas que, só agora, está sendo consagrada, em termos claros e inequívocos, pelas decisões mais recentes, constitui um importante fator para o descongestionamento e a rapidificação da nossa Justiça.

35. Evidencia-se que podemos considerar, atualmente, em virtude da evolução jurisprudencial liderada pelo Supremo Tribunal Federal, a incidência da correção monetária como conseqüência necessária do princípio geral do direito que visa a assegurar ao credor o recebimento integral do débito e ao lesado a indenização cabal, ou seja, **a restitutio in integram**. Já o Código Civil assegura ao credor da dívida em moeda estrangeira o pagamento de acordo com o câmbio que lhe for mais favorável, na hipótese de mora do devedor (art. 947), devendo prevalecer, no caso de fato ilícito, o valor mais favorável ao lesado (art. 948). A mesma regra se aplica ao credor em moeda nacional, quando varia o seu poder aquisitivo, cabendo ao devedor garantir ao credor o poder aquisitivo que constitui o objeto do débito na data do seu vencimento. A aplicação das ORTN's tem essa finalidade de revalorização.

36. Pode parecer estranho o caminho seguido pelo mais slto Tribunsl para chegar à sua posição atual e aparentemante algumas críticas poderism ser feitas ás distinções formuladas nas várias fases da evolução jurisprudencial que acabamos de

analisar. É, todavia, preciso compreender que o Direito, como a Matemática, é uma linguagem cômoda, para utilizarmos a feliz definição de HENRI POINCARÉ. É possível discutir, em tese, a validade e oportunidade da dualidade de regimes legais adotados para os danos pessoais e materiais, para as dívidas de valor e as de dinheiro, mas ela correspondeu, na época, ao justo equilíbrio dos interesses em jogo. Se, em 1971, o Tribunal resistia às pressões dos que queriam impor a correção monetária (32), é essa mesma coragem cívica que levou a mais alta Corte, três anos depois, liderada pelos Ministros ALIOMAR BALEEIRO e RODRIGUES ALCKMIN e com o apoio dos demais Ministros, a aceitar a correção monetária como única forma possível de manter a justiça comutativa e permitir o convívio relativamente harmonioso da economia nacional com a inflação. Nos debstes do Tribunal nota-se a evolução que vai sendo realizada e em virtude da qual os votos vencidos se transformam, paulatinamente, mediante uma pregação contínua, em votos vencedores. Mesmo nos países anglo-saxões, o princípio **stare decisis** deixou hoje de ser rígido, pois só a flexibilidade permite a boa distribuição ds Justiça. Na nossa Corte Suprema, a jurisprudência sobre a correção monetária constitui um verdadeiro exemplo da busca pelos magistrados do ideal de justiça e do adequado equilíbrio dos interesses em conflito.

37. Enquanto os poderes Legislativo e Executivo deram soluções aos problemas surgidos em virtude da inflação, em alguns setores específicos da nossa vida econômica coube ao Poder Judiciário e, em particular, ao Supremo Tribunal Federal, numa evolução que acaba de terminar, sistematizar eficientemente as técnicas indispensáveis à manutenção da vida econômica do país e à adequada distribuição da Justiça.

Já é, por outro lado, hora de transformar em texto legal o que foi resultado de paciente trabalho jurisprudencial.

38. O Governo Federal tem afirmado, por diversas vezes, a sua intenção de garantir a correção monetária aos credores das entidades de direito público. Ao invés de medidas casuísticas, impõe-se no caso, uma norma geral que faça incidir a revalorização dos créditos em todas as hipóteses de mora, transformando em direito de todos o que hoje, **ex vi legis,** constitui o privilégio de alguns. Essa generalização já consta nas Emendas que foram apresentadss ao Projeto de Código Civil, e, especialmente, na de nº 317 do Deputado José Bonifácio Neto e nas de nºs 321 e 327 do Deputado Deso Coimbra, todas aceitas pelo Relator da matéria, Deputado Raymundo Diniz, dando-se, assim, nova redação aos artigos 313, 314 e 315 do Projeto.

39. Em virtuda das mencionadas Emendas, os artigos do novo Código determinam que os débitos passam a sofrer correção monetária a partir do seu vencimento (Emenda nº 317) (33), aplicando-se a correção monetária, quer nas dívidas de valor, quer nas dívidas de dinheiro, e sendo lícito convencionar o aumento de prestações sucessivas (Emenda nº 321) (34), permitindo-se, ainda, ao juiz rever

(32) RTJ, 61/731

(33) **Relatório do Deputado Raymundo Diniz sobre a Parte Especial Livro I (Direito das Obrigações) do Código Civil**, publicação da Câmara dos Deputados, Brasília, 1968, pág. 15.

(34) **Obra citada**, na nota anterior, pág. 17.

prestações futuras de acordo com a desvalorização da moeda, quando ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação no momento em que foi convencionada e o do dia da execução (Emenda nº 327) (35).

40. São esses os princípios que devem prevalecer e que, para ser consagrados, não precisam aguardar a elaboração do novo Código Civil. Só assim desaparecerá o prêmio que a legislação vigente atribui, inconsciente e involuntariamente, ao devedor moroso e um passo importante terá sido dado em favor da eficiência da Reforma Judiciária, da estabilidade e da segurança nas relações jurídicas e da própria moralidade na vida empresarial. Cabe, pois, agora, ao legislador transformar em lei o que é, hoje, importante conquista jurisprudencial.

(35) **Obra citada**, na nota 33 supra, pág. 20.

PARECERES

LICITAÇÃO

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO
Professor da Faculdade de Diraito da Universidade Católica de São Paulo

SUMÁRIO: LICITAÇÃO – REVISIBILIDADE JURISDICIONAL DO JULGAMENTO – cabimento de ação de perdas e danos por contrato realizado indevidamente com tercairo.

HISTÓRICO

A consulenta perticipou de procedimento licitatório, promovido pela sociedade de aconomia mista CENTRAIS ELÉTRICAS DO SUL DO BRASIL S. A. – ELETROSUL, destinado a contreto para execução de residências da alvenaria na cidade de Laranjeiras do Sul, Eetado do Paraná.

Sua proposta foi recabida e admitida sem nenhuma impugnação. Atendeu estritamente às condições do ato da convocação a ofertou preço acentuadamente mais favorável à promotora do certame do que todos os demaie concorrentes. As condições gareis e técnicas da sua proposta equivalerem em qualidade a dos demaie concorrentes am vieta do objeto licitado.

O edital previa adjudicação do contrato ao ofertante de proposta "**mais vantajosa**".

Inobetanta haver ofertedo preço senaivelmente inferior ao dos outros concorrentee, contido em propoata nitidamente melhor que as doe demaia licitantes, viu-se a consulente surpreendida com a adjudiceção do contrato a outro licitante, cuja proposta fora cotada em valor muito superior.

Recorreu administrativamente da decisão sem qualquer sucaeso e sem obtar aeclarecimento algum. Limitou-ae o Sr. Presidente da promotora do certame a informar que mantinha a decisão recorrida, pois a comissão julgedora procedera **"correta e criteriosamente"** no julgamento.

Subsaqüentemente, a ELETROSUL firmou o contrato em peuta com e emprasa a quem atribuíra a adjudicação.

Ante o exposto, formule-nos consulta subatanciada nos quesitos ebaixo.

CONSULTA

I – É viável a reclamação em juízo de perdas e danos, damonstrando-se que, inobstente autora da malhor proposta, a consulente foi preterida no contrato?

II – Na hipótese vertente, qua se compraende no conceito de dano?

As indagaçõea reapondo na forme que eegua.

PARECER

I – A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E O DEVER DE LICITAR

1. – A **"res publica"** não é propriedade pessoal dos administradores. Estes simplesmente geram-na. Mais não lhes assiste que curar, do melhor modo possível, interesses de toda coletividade. Os poderes que desfrutam justificam-se única e exclusivamente como meios necessários ao cumprimento de certas finalidades que transcendem a interesses pessoais, individuais.

O mestre gaúcho CIRNE LIMA sintetizou, como ninguém, a essência da atividade administrativa, em frases lapidares que, por seu acerto e concisão, merecem cita literal. Disse o ilustre administrativista que Administração:

> **"é atividade do que não é senhor absoluto"** (Princípios de Direito Administrativo, Ed. Sulina, 3a. ed., 1954, pág. 21).

Averbou ainda:

> **"na administração o dever e a finalidade são predominantes, no domínio a vontade"** (op. cit. pág. 54).

Em lição magistral aponta as características da relação administrativa ao observar que esta

> **"é a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente"** (cit., pág. 63) e que
>
> **"a relação de administração somente se nos depara, no plano das relações jurídicas, quando a finalidade a que a atividade de administração se propõe, nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros"** (op. cit., pág. 54).

2. – Enquanto na vida particular o indivíduo desfruta de ampla liberdade para eleger seus interesses e para dispor de seus bens e recursos como melhor lhe apeteça, na vida administrativa o que comanda os comportamentos do administrador é a finalidade que obrigatoriamente necessita buscar. Esta busca representa um **dever jurídico** inafastável. É ela que legitima seus comportamentos, cuja validade e correção dependem do afinamento que mantenham com os objetivos normativamente estabelecidos e com as formas previstas como idôneas para procurá-los.

Daí o seguinte relanço, colhido ainda no famigerado mestre:

> **"O fim e não a vontade domina todas as formas de administração. Supõe destarte a atividade administrativa a pré-existência de uma regra jurídica reconhecendo-lhe uma finalidade própria"** (op. cit., pág. 22).

3. – Uma vez que em administração não se privilegia a vontade mas a finalidade tutelada pelo Direito, uma vez que a atividade administrativa depara-

-se-nos protegida e defendida contra o próprio administrador e terceiros – consoante as lições invocadas – compreende-se que o administrador não desfrute de poderes para decidir a seu alvedrio sobre a pessoa com quem irá travar relação jurídica que envolve satisfação de interesses administrativos e mobilização de recursos de origem pública.

Daí a existência do instituto da licitação.

Licitação é o procedimento administrativo pelo qual o Estado ou pessoa governamental, desejando alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços segundo condições por ele previamente estipuladas, convoca interessados na apresentação de propostas a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em face de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Não sendo o administrador um **"dominus"** em relação aos interesses a seu cargo, mas alguém que gere interesses de outrem – os da coletividade – desassiste-lhe proporcionar a seu talante negócios em prol de um indivíduo ou sociedade. Por isso é indispensável que realize um procedimento prévio destinado a assegurar que a escolha do futuro contratante se faça com atendimento de certas finalidades administrativas.

4. – Fundamentalmente, tais finalidades são as de obter a oferta mais vantajosa para a entidade governamental, do mesmo passo em que se oferece aos administrados isonômicas oportunidades de disputarem entre si a obtenção do negócio posto em certame. Na licitação estes dois objetivos são indissociáveis, isto é, cumulativamente procurados.

O atendimento de ambos resulta na proteção de um terceiro bem jurídico: probidade administrativa, valor consagrado no art. 82, nº V, da Carta Constitucional Brasileira. Estes escopos buscados pela licitação descendem diretamente da índole do Estado de Direito tal como se implantou no mundo civilizado, correspondendo a simples aplicações concretas de seu programa.

Assim, é intuitivo que o gestor de interesses coletivos só pode buscar a formação de relações jurídicas que sejam as mais vantajosas para a sociedade. Demais disso, é igualmente evidente que deve ensanchar aos administrados, em geral, oportunidades isonômicas. De resto, ao respeito, existe, ainda, imposição textual e expressa da Carta Constitucional do país, (no art. 153, § 2º), a reclamar inadversavelmente respeito ao princípio da igualdade.

Impende referir que a generalidade dos doutrinadores, mesmo quando discrepam ao relacionar os princípios básicos da licitação, acordam todos em encarecer dentre eles o princípio da igualdade. Cite-se, exemplificativamente, SAYAGUÉS LASO (La Licitacion Publica, Ed. Pena e Cia. Montevideo, 1940, págs. 52 e 53), JOSÉ ROBERTO DROMI (La Licitacion Publica, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, pág. 134), HECTOR MAIRAL (Licitacion Publica, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, pág. 18), FIORINI e MATA (Licitacion Publica, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, pág. 45), ADILSON DALLARI (Aspectos Jurídicos da Licitação, Ed. Juriscredi, São Paulo, pág. 33), HELY LOPES MEIRELLES (Licitação e Contrato

Administrativo, Ed. Rev. dos Trib., 1975, pág. 11) e OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (Da Licitação, Ed. Bushatasky, São Paulo, 1978, págs. 37, 38).,

II – EMPRESAS GOVERNAMENTAIS E LICITAÇÃO

5. – O dever jurídico de implementar estas finalidadas não se adscreve apenas ao Estado e autarquias. Abrange, por razões compreensíveis, quaisquer pessoas governamentais.

Todas as entidades da administração indireta correspondem a mera técnica estatal concabida para persecução de objetivos que ao Estado calhou assumir por considerá-los relevantes para toda coletividade. Exatamente por isso, ainda quando tenham estrutura de direito privado, sofrem o influxo de regras especiais divorciadas das que presidem aquela província do Direito. Obviamente, não são entidades mercantis como outras quaisquer, mas, diversamente, agentes de propósitos estatais, o que lhas confere marca peculiar, feição especifica, pois protagonizam uma modalidade de ação governamental. O direito, longe de ser alheio a tal fisionomia, é, contrariamente, o responsável palo desenho de um modelo jurídico novo, no qual retraça, por via de regras peculiares, entidades distintas das figuras privadas tradicionais.

6. – A afluância de regras típicas e o concurso de princípios controladores, auferidos no direito público, são precisamente sua marca individualizadora e distintiva, porque traduzem o empenho especial que o Estado tem em sua ação e consagram cautelas das quais não se pode despedir sempre que estejam envolvidos recursos de origem governamental e interesses em cuja cura se envolveu ao criar agentes novos, bafejados por seu sobranceiro poder. É de notar que muitas delas são prestadoras de serviços públicos típicos, previstos como pertencentes à alçada da União, quais os de eletricidade, por exemplo, **"ex vi"** do art. 8º, item XV, letra "b" da Carta Maior do país. Em tais casos mais ainda se realça seu caráter de simples instrumentos estatais personalizados.

Impende considerar, demais disso, que são entidades formadas com maioria ou exclusividade de capitais oriundos de pessoas governamentais. Tais recursos não podem ser manipulados à solta, libertos das providências que resguardam o dispêndio dos dinheiros públicos. À toda evidência não podem também servir como escape ao Estado para realizar operações menos vantajosas ou propiciatórias de favoritismo de uns ou proscrição de outros. Por isso encontram-se sob incidência de um plexo de princípios acauteladores tanto dos objetivos que o Estado faz residir nelas quanto do correto igualitário meneio da seus recursos.

7. – É, pois, coerente e lógico, por afinado com suas naturezas, origens e funções, que se assujeitem a procedimentos assecuratórios da correção e lisura no dispêndio de recursos captados majoritária ou exclusivamente am fonte de origem pública. Não sendo cabíveis liberalidades ou favoritismos com patrimônio constituído a expensas da coletividade, o menos que se pode admitir é o comparecimento dos preceitos obstativos de algum eventual uso impróprio e o dever de alcançar as finalidades públicas que mediante licitação se objetiva colocar a bom recato.

Quem atua como instrumento do Estado, quem age na persecução de escopos assumidos por ele, quem pertence à administração indireta ou descentralizada, quem tem patrimônio formado total ou predominantemente pelo Governo ou pessoa dele, não pode se eximir a tratar isonomicamente aos administrados, nam se subtrair aos procedimentos defensivos estabelecidos em ordem a buscar os negócios mais convenientes, decididos em certame aberto e contrastável em sua correção, administrativa e judicialmente.

8. – Finalmante, cai a lanço recordar que a parcela talvez mais ponderável das obras e serviços públicos de monta realiza-se exatamente por via desta modalidade de pessoas governamentais. As grandes aquisições e contratos de obras públicas são realizados precisamenta por estas entidades. A admitir-se possam se esquivar ao cumprimento dos objetivos próprios da licitação, todo o mecanismo cautelar, armado para proteger seus objetivos, soçobraria. Quer-se dizer: o Estado, graças ao concurso de empresas públicas e sociedades de capital misto, passaria ao largo das axigências de licitação, ficaria liberto de deveres irrecusáveis, eximir-se-ia da um sistema cautelar concebido justamente em vista das despesas maiores e fraudaria, se o desejasse, o atendimento das finalidades a qua está adstrito. A tão absurdas conclusões opõe-se a razão. Além dela, contudo, opõe-se também o direito positivo explícito. É que o art. 4º da lei da ação popular, Lei nº 4.717, de 29.06.65, permite atacar atos ou contratos por elas praticados em desatenção aos preceitos que se vêm encarecendo.

9. – Do exposto segue-se qua sociedades de capital misto e empresas públicas estão inquestionavelmente cingidas a um procadimento pré-contratual em que se garanta completo cumprimento das finalidades próprias da licitação. Segue-se, ainda, que a postergação destas finalidades implica vício jurídico censurável jurisdicionalmente e acarreta responsabilidade patrimonial da antidade infratora.

Se é certo que são concebíveis casos de dispensa de licitação ou hipóteses em que seria incompatível com a celeridada de certas operações rotineiras de caráter puramente mercantil, não menos certo é que, de fora parta tais situações, ditas entidades não se podem correr de realizar procedimento seletivo respeitador da busca do melhor negócio, do tratamento isonômico aos concorrentes e da correção do resultado final. E em nenhuma hipótese podem furtar-se à lisura em suas decisões.

10. – Dúvida alguma pode prosperar quanto ao fato de que tanto o Estado como as entidades constituídas à sua sombra para realizar missões que o Poder Público assumiu necessitam efetuar procedimentos pré-contratuais que busquem o negócio mais vantajoso e garantam tratamento equânime a todos os interessados na disputa do certame.

Ao dever em questão corresponde, em sua face reversa, o direito dos disputantes a que o certame se componha e se desenvolva com plena lisura. Vale dizer: assiste-lhas exigir que o Estado ou a pessoa governamental procedam da forma correta, sem privilegiar a uns e agravar a outros, de tal sorte que o procedimento em sua inteireza, do primeiro ao último ato, coincida com as finalidades inerentes a ele.

As pessoas governamentais estão comprometidas com tais finalidades e não podem postergá-las. Por isso, se violam o cumprimento delas e ferem direitos que assistiriam a um dos licitantes, respondem por esta violação da ordem jurídica e sujeitam-se a compor os danos causados a quem tenha sido preterido injuridicamente.

III – LICITAÇÃO E DIREITOS DO LICITANTE

11. – É princípio elementar do Estado de Direito a submissão do Poder Público e de suas pessoas auxiliares aos ditames da ordenação normativa. De há muito tem-se por curial que o Estado e seus coadjuvantes administrativos assujeitam-se às regras jurídicas e fletem-se perante elas como quaisquer sujeitos de Direito.

Aliás, no desempenho de atividade administrativa, o Estado fica aprisionado pelas normas jurídicas em termos ainda mais estritos do que os simples particulares. Isto porque, como bem averbou HELY LOPES MEIRELLES:

> **"Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza"** (Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Rev. dos Trib., 6a. ed., pág. 68).

Tal princípio foi expressado com admirável concisão e rigor por MICHEL STASSINOPOULOS, nos seguintes termos:

> **"Em um Estado de Direito a administração não se encontra apenas na impossibilidade de agir "contra legem" ou "praeter legem", mas está obrigada a agir sempre "secundum legem".**
> (Traité des Actes Administratifs, Sirey, 1954, pág. 69).

É que, conforme acentuou RENATO ALESSI, ademais de encontrar na lei limites insuperáveis, que tanto podem vedar como impor atividades, finalidades e formas, a autoridade administrativa só pode fazer o que a lei consente (Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano, A. Giuffrè, 3a. ed., 1960, pág. 9).

Esta noção de adscrição à lei há de ser entendida em termos largamente compreensivos, segundo oportuna advertência do eminente professor uruguaio ALBERTO RAMON REAL:

> **"O conceito de regra de direito violado é amplíssimo e compreende toda norma aplicável, seja ela constitucional, legal, regulamentar ou derivada de princípios gerais de direito, que pode ter nível constitucional ou legal...** (Adjudicacion y contrato: vicios, separata dos trabalhos do Primer Congres Internacional y IV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, 1977, fls. 23).

12. – A violação ao direito de outrem, acarretando danos ao prejudicado, conduz à responsabilidade, isto é, à obrigação de repará-los. GIOVANI DUNI indicou-lhe o fundamento genérico mediante expressões que, por sua justeza, merecem cita literal:

> **"O escopo da responsabilidade é transferir o dano de quem o sofreu a quem o causou"** (Lo Stato e la Responsabilità Patrimoniale, Giuffrè Ed., Milano, 1968, pág. 7).

O dano tanto pode constituir-se na subtração de um bem jurídico que se tenha, quanto na subtração de um bem a que se faça jus.

13. – Tal como qualquer outra pessoa jurídica – prescindindo-se, pois, da responsabilidade objetiva do Estado admitida no artigo 107 do Texto Constitucional – o Estado e suas pessoas auxiliares respondem por atos ilegítimos que hajam praticado o dano de terceiro. Esta assertiva não pode sofrer qualquer espécie de contestação. É pacífica. Vale dizer: se uma pessoa jurídica, pública ou privada, governamental ou não, procede de modo contrário ao direito, descumprindo obrigações perante outrem, (com o que lhe sonega um bem jurídico) incumbe-lhe reparar o prejuízo causado.

14. – Em um procedimento licitatório, seja qual for o nome do ato de convocação, o licitante autor da proposta mais satisfatória tem o direito de não ser preterido. Vale dizer: assiste-lhe o poder jurídico de exigir que a adjudicação do objeto e o contrato subseqüente só possam concretizar-se em sua pessoa. Adjudicação feita a terceiro ou contrato travado com outrem lesam direito seu. Causam-lhe dano, pois conferem a outrem o que lhe cabia receber. Efetuado o contrato com terceiro, fica **"ipso facto"** configurado que se subtraiu ao autor da melhor proposta um bem patrimonial que só a ele assistiria. Tal bem seria desfrutado pelo legítimo vencedor se a conclusão do procedimento houvesse sido regular. Então, o ato que o despoja do proveito é um comportamento administrativo que frauda patrimonialmente o autor da melhor proposta.

IV – CONTROLE DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

15. – Proposta melhor ou mais vantajosa é conceito que pode estar estabelecido em termos de objetividade absoluta ou admitir, em sua apreciação, **certo teor de subjetivismo**. Isto é: as normas regedoras da espécie podem fixar critérios de apreciação cujos termos redundem em eliminar qualquer possibilidade de apreciação pessoal dos administradores, por mínima que seja, quando do confronto entre as propostas. É o que sucede ao ser estabelecido o critério de menor preço para o julgamento das ofertas.

Tratando-se de cotejar dois valores aritmeticamente expressos, nenhuma dúvida pode ser alimentada. Outrossim, os critérios preestabelecidos podem outorgar algum espaço onde caiba apreciação irredutível à objetividade absoluta. É dizer: em certas circunstâncias, a apreciação da qualidade técnica da proposta pode estar computada como um dos fatores de julgamento. Neste caso derivará **algum** subjetivismo ineliminável.

Duas observações, entretanto, são indispensáveis quanto a esta segunda hipótese.

16. – Em primeiro lugar, alguma liberdade, algum subjetivismo, não significam nem podem significar inteira liberdade, completo subjetivismo. Se tal se dera seria impossível a vigência do princípio da igualdade entre os disputantes. O resultado

do julgamento poderia representar uma surpresa para os licitantes. Na licitação, bem o disse o prof. JOSÉ FERNANDES FILHO, ilustre desembargador em Minas Gerais, a única surpresa admissível para o licitante é o conteúdo da oferta de seus concorrentes.

Discricionariedade não é arbitrariedade. A competência, apostilou CAIO TÁCITO, não é um cheque em branco outorgado ao administrador (Direito Administrativo, Ed. Saraiva 1975, pág. 5).

17. – Em nenhuma hipótese o administrador pode valer-se da margem de liberdade que possua para outorgar vitória a quem haja feito proposta manifestamente menos vantajosa que a de outrem. É evidente que a finalidade da regra propiciatória da interferência de algum subjetivismo no julgamento não o proporcionou para ensejar o contrato a quem fez oferta menos conveniente. Pelo contrário: seu objetivo só pode ter sido engendrar condições que garantam a escolha da proposta realmente melhor. Deste escopo o administrador não se pode afastar sem com isto estar subtraindo um direito ao autor dela e fraudando o interesse coletivo. Por isso, julgamento de licitação alguma pode considerar-se entregue ao mero alvedrio dos administradores, pena de converter-se em simples maquinação oca, mero capuz de disfarce, ocultando a livre eleição do contratante.

18. – As regras e princípios norteadores da licitação, já se viu, orientam-se para a garantia do melhor negócio e para a igualdade dos licitantes. Não é dado ao administrador, por ocasião do julgamento e posterior contrato, evadir-se destes objetivos, a título de exercer discrição administrativa.

VITOR NUNES LEAL apostilou com precisão:

> **"Se a Administração não atende ao fim legal a que está obrigada entende-se que abusou de seu poder... O fim legal é, sem dúvida, um limite ao poder discricionário. Portanto se a ação administrativa desatende a esta finalidade, deve-se concluir que extralimitou a sua zona livre, violando uma prescrição jurídica expressa ou implícita, o que a transpõe, por definição, para uma zona vinculada"** (Problemas de Direito Público, Ed. Forense, 1960, pág. 285).

E CAIO TÁCITO sublinhou:

> **"A finalidade legal do ato é o teto do poder discricionário, a fronteira de sua força de propulsão. Violado o fim obrigatório, o ato somente produzirá efeitos jurídicos no tocante à responsabilidade do agente, ou da administração perante terceiros. A destinação da atividade administrativa se consagra por intermédio do elemento finalidade, que acrescenta ao ato administrativo o seu aspecto social"** (op. cit. pág. 70).

19. – Estes mesmos pontos ora abordados levam à segunda observação relativa às hipóteses em que há **certa** discrição administrativa no julgamento das licitações. A saber: o exercício da discrição administrativa na conclusão do procedimento contratual é contrastável jurisdicionalmente.

Com efeito: a noção de discricionariedade só é concebível em relação às normas jurídicas, pois não se trata de um poder ilimitado, exercido por fora do Direito, mas em seu interior. Discricionariedade, repita-se, não é arbítrio. É liberdade contida, balisada pela intimidade de certos marcos que lhe definem a dimensão. E a finalidade da norma atributiva desta liberdade é que lhe dá significação concreta e sentido público.

Trata-se de um poder necessário e inexoravelmente delimitado em certas fronteiras requeridas até mesmo por imposição racional, posto que, à falta delas, a discricionariedade perderia o cunho de poder jurídico. Com efeito, se lhe faltassem diques, não se lhe poderia inculcar o caráter de poder **"intra legal"** Seria **"Extra legal"** noção incompatível com o Estado de Direito.

Em suma: trata-se de liberdade finita, delimitada. É que, em direito, toda liberdade, toda discricionariedade, por ser tal e para ser tal, tem necessária e obrigatoriamente limites. Se não os tivessse deixaria de ser discricionariedade, convertendo-se em arbítrio e baralhando-se jurídico e injurídico.

Ora, o mesmo é poder extrajurídico, ilimitado, que poder incontrastável. Donde impende que o exercício da liberdade administrativa possa ser corrigido judicialmente para manter-se dentro da esfera de sua legítima expressão.

20. – Visto que não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela que defluem do sistema normativo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro – cumpre reconhecer, por imperativo racional, que assiste ao Judiciário examinar os atos praticados a este título.

21. – Se as normas concernentes a dada licitação estatuem que será vencedora a melhor proposta, ainda que não seja a de menor preço, não se haverá de extrair daí que qualquer proposta possa ser reputada a melhor.

Se fora impossível qualquer análise para verificar a **"razoabilidade"** da decisão, os ditames que exigem a escolha da proposta mais conveniente e o tratamento equânime dos licitantes seriam comandos ocos, vazios de conteúdo, significações nulas em sentido absoluto e atestados flagrantes de inconseqüência do próprio Estado de Direito.

Nada obsta a que se apure, em face de elementos reais, inconfutáveis ao nível de razoabilidade, que outra proposta reúne qualidades inequivocamente muito superiores à escolhida.

22. – Não se suponha que análise deste teor envolva necessariamente invasão do **"mérito"** do ato administrativo e violação do campo de legítima liberdade decisória, reservado aos administradores e defeso ao Judiciário. Isto só ocorrerá se o juiz pretender assenhorear-se da opção quando estejam em confronto vantagens admissivelmente equivalentes, exigindo portanto algum subjetivismo ineliminável para reconhecer a supremacia de uma proposta em relação à outra. Não sucederá,

todavia, quando inexistam equivalências de vantagens; ou seja, quando não for duvidosa a situação, em face do nítido descompasso entre elas e ressalte a clara superioridade de uma das propostas.

Contestar a validade deste exame seria o mesmo que acolher a absurda conclusão de que "melhor proposta" nada significa, ou, o que vem a dar no mesmo, que melhor proposta é simplesmente aquela que o administrador batizar com tal rótulo.

Seria extrema ingenuidade supor que a mera invocação desta expressão **"melhor proposta"** seja suficiente para subtrair a decisão ao crivo do Poder Judiciário. Acreditar que em casos desta ordem, nos quais se joga com conceitos algo fluídos, o agente está inteiramente livre, corresponderia a atribuir significação **"mágica"** a certas palavras. Equivaleria a deferir-lhes o condão de transformar as coisas, de reconstruir as realidades, de fabricar um universo de fantasia, como sucede nas histórias de fadas e contos infantis. Para o agente público não há conceitos ou palavras mágicas, não há **"abracadabras"**, justamente porque o Judiciário pode comparecer sob apelo dos interessados para confinar comportamento pretensamente discricionário ao plano de legitimidade e de respeito aos direitos dos administrados.

Quadra perfeitamente ao Judiciário investigar as situações reais que ensejaram o ato, para aferir se poderiam realmente supedaneá-**lo** ou se exigiriam decisão diversa. A análise dos pressupostos de fato que propeliram o comportamento administrativo é tarefa que se compreende na competência jurisdicional.

ANDRÉ DE LAUBADÈRE, invocando jurisprudência de seu país, assim comenta a função do juiz ao analisar os pressupostos de fato das decisões administrativas:

> **"O juiz não sai de seu pspel, já que a existência de certss circunstâncias de fato é a própria condição para que o ato administrativo sejs legal; não hś senão escolher exemplos psrs citar: a questão de se ssber se, em dadas circunstâncias, a interdição de uma reunião correspondeu a obstar efetiva ameaça de desordem (jurisprudência constsnte em mstéria de medidas de polícia); se em tsl cidade existe uma grave crise de alojsmento em vista da aplicação dos textos sobre alojamento decidido de ofício** (C.E. – 9.1.1948, Consorts Barbedienne, S. 1948, 3,14), **se tsl organizsção sindical pode ser considerada como a mais representstiva, em fsce, notadamente, do número de seus afilisdos** (C.E. fevereiro de 1949, três julgados, S., 1950, 3, 57, concl. Barbet) **etc."** (Traité Élémentaire de Droit Administratif, Ed. L.G.D.F., Paris, 1963, 3ª ed., vol. 1, pág. 486).

Entre nós, CAIO TÁCITO a sabendas advertiu:

> **"Negsr ao Juiz a verificação objetiva da mstéria de fato, qusndo influente ns formação do ato sdministrativo, será converter o Poder Judiciśrio em msro endossante ds autoridsde administrativa, substituir o controls da lsgalidsde por um processo de referenda extrínseco"** (op. cit., pág. 60).

23. – De tudo quanto se expôs resulta que não há confundir exame do **"mśrito"** de um ato administrativo com o exame de seu ajustamento às lindes que conformam a extensão deste **"mérito"**. Bem por isso, tal como inúmeros outros conceitos, a noção de **"melhor proposta"** em uma licitação pode, eventualmente, ser refratária a um objetivismo absoluto, sem que isto implique obstáculo ao Judiciário para investigar, segundo parâmetros razoáveis, se o administrador elegeu realmente a oferta melhor ou se postergou-a em prol de outra.

É que o conceito em apreço só até certo ponto pode dar aso a dúvidas verdadeiras. Qualquer conceito, seja na linguagem corrente, seja na linguagem jurídica, é necessariamente finito. Caso contrário não teria conteúdo algum e a comunicação humana tornar-se-ia impossível como impossível se tornaria a fixação de deveres jurídicos. Os deveres e os direitos são enunciados mediante palavras, mediante conceitos que se ressentem freqüentemente de alguma fluidez. Sem embargo, em todos os casos sabe-se, ineludivelmente, que são aplicáveis com propriedade a certas situações e que não o são a outras tantas. Entre estas duas hipóteses antagônicas é que podem medear as incertezas.

O jusfilósofo GENARO CARRIÓ expõe esta realidade do seguinte modo:

> **"... hś cssos centrais ou tipicos, frente sos qusis ninguém vscilsris em aplicsr a pslsvra e casos clsros de exclusão a respeito dos quais ninguém duvidaria em não usá-la. Porém, no meio, há uma zona mais ou menos extensa de casos possíveis frente aos quais, qusndo se apresentam, não ssbemos o que fazer"** (Notas sobre Derecho y Lenguage, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, pág 29).

24. – Podé-se afirmar que a margem de liberdade do administrador, quando existente, localiza-se justamente neste intervalo. É nele que prosperam dúvidas só resolúveis mediante decisão impregnada de subjetivismo, pois nos pólos residem as certezas. O mérito do ato administrativo jamais reside nas certezas.

Quando em uma licitação determinada proposta é com **certeza** a melhor, tanto o administrador quanto o juiz podem verificá-lo, pois ao respeito não cabe opção alguma. No caso de julgamento pelo menor preço esta certeza está antecipadamente dada segundo termos que não comportam a existência do intervalo de dúvidas. No caso de julgamento em que o menor preço não seja decisivo existirá um intervalo onde podem prosperar dúvidas sem com isto excluir-se que possam também ocorrer certezas.

25. – Para perquirir a ocorrência destas possíveis certezas o juiz socorre-se do exame das finalidades da licitação, das necessidades que **"in concreto"** propôs-se **s** suprir e do teor das propostas apresentadas em obediência ao ato da convocação. Assim, é intuitivo que o preço ofertado, mesmo quando não previsto como decisivo, é um fator de relevo. A qualidade técnica da proposta e do material têm importância correlacionada com o tipo de interesse que a licitação pretende

atender. E quanto mais detalhadas houverem sido as especificações do edital e documentos que o acompanham menores são as possibilidades de discrepância entre as ofertas quanto a estes aspectos. Quando se tratar de aquisição de equipamentos ou obras altamente sofisticados cresce o relevo dos aspectos técnicos; inversamente na aquisição de bens corriqueiros ou de obras de técnica singela ou difundida, avulta a importância dos preços ofertados. E tudo isto ponderado em função do interesse que a licitação vem suprir.

26. – Há serviços ou obras que reclamam, para atingir os fins a que se destinam, requintado apuro técnico, alto teor de qualidade, e eventualmente, até alguma suntuosidade. Em outros, pelo contrário, tais atributos são despiciendos, sendo incoerente e inadmissível pagar mais em razão de demasias impertinentes à necessidade que se busca atender.

A correlação destes vários fatores (entre outros que possam comparecer) considerados à vista dos fins específicos da licitação determinará, em inúmeros casos, inconfutável certeza de que certa proposta não pode, em sã consciência, deixar de ser havida como a melhor, a mais conveniente, pena de fraude. Sempre que isto suceda estar-se-á ante situação **vinculada,** ao revés de discricionária. Conseqüentemente, ao reconhecê-la o juiz não transborda de sua função. Nada mais faz senão verificar o ajuste dos fatos à previsão contida nas normas regedoras do certame licitatório.

V – RESPONSABILIDADE POR CONTRATO INDEVIDO

27. – Posto que a Administração não pode escolher seu contratante com liberdade, mas está circunscrita a contratar com o autor da melhor proposta, segue-se que se postergá-lo e contratar com outro concorrente viola direito do licitante.

Outrossim, é extreme de qualquer dúvida ou entredúvida, consoante já se anotou, que o violador do direito alheio, ao subtrair-lhe a obtenção de um bem patrimonial a que faz jus, responde pelos danos que causou. Fica obrigado a reparar a lesão, quer se trate de pessoa de direito público, quer se trate de pessoa de direito privado, seja ela governamental ou particular.

Esta é noção curial em Direito. Assim, se sociedade mista ou empresa pública burla o resultado devido em uma licitação e contrata com terceiro, a quem incorretamente adjudicou obra, expõe-se à responsabilidade patrimonial perante aquele que foi frustrado em seu direito. Com efeito: a preterição de quem seria o legítimo contratante é violação de um direito subjetivo. É, em suma, o descumprimento de uma obrigação.

28. – Do instante em que a promotora do certame licitatório **decide** contratar, exaure-se a discricionariedade relativa a conveniência ou não de fazê-lo, em seguimento à licitação. Ingressa-se em área **vinculada,** na qual alguém – o autor da oferta realmente mais conveniente – tem direito a ser o contratado. A pessoa governamental está sujeita à obrigação de travar o ajuste com ele. Não pode propiciar as vantagens econômicas da avença a terceiro, pois este é um direito do melhor proponente.

A conclusão do contrato com outrem coloca a pessoa governamental na situação jurídica de inadimplente. Expõe-na ao dever de reparar, isto é, de acobertar-lhe o montante patrimonial de que o privou injustamente.

29. – É de notar que o dever de obediência à legalidade cinge as pessoas administrativas a quaisquer normas de direito, inclusive às que resultem de atos seus.

O renomado professor A.R. BREWER-CARÍAS observou:

> **"A Administração além de estar submetida às regras ou normas jurídicas a que estão submetidos o juiz e os particulares, deve cumprir estritamente em sua atividade as normas que ala mesma haja criado. Esta é a característica essencial do Princípio da Legalidade Administrativa, pois este não implica apenas submissão da Administração às regras de direito que lhe são exteriores mas acarreta também submissão a regras ou normas jurídicas que ela mesma haja elaborado".** (Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo Venezolano, publ. da Faculdade de Direito da Universidade Central da Venezuela, Caracas, 1964, pág. 27).

30. – Sendo certo que as sociedades mistas não podem fugir da legalidade, e muito menos fazê-lo em descumprimento de obrigação que lesa direito de terceiro, resulta-lhe o dever de reparar o dano causado.

De fora parte princípios jurídicos que imporiam tal conseqüência, textos explícitos do direito positivo estabelecem este dever, comum às pessoas de direito público e às de direiro privado.

Assim, na área do direito público, a Carta Constitucional dispõe no art. 107:

> **"As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários causarem a terceiros".**

O Código Civil, no art. 15, estabelece:

> **"As pessoas jurídicas de direito público são civilmanta responsáveis por atos de seus representantes qua nessa qualidade causem dano a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano".**

E, no art. 1.056, fixa regra geral sobre a obrigação de compor perdas e danos nos seguintes termos:

> **"Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, reaponde o devedor por pardas e danos".**

31. – O Direito positivo, é, pois claríssimo em responsabilizar por recomposição patrimonial aquele que lesa direito alheio com o descumprimento de dever

jurídico. Resta apenas indagar sobre o alcance desta reparação, é dizer, sobre o que se considera abrangido no conceito de dano.

AGOSTINHO ALVIM, analisando-o, ponderou:

> **"Se, como dizem os civilistas, para a verificação cabal do dano, devemos ter em vista o patrimônio daquele que o sofreu, tal como estaria se não existira o dano, bem se vê, desde logo, a necessidade de levar em conta, não somente o desfalque, mas aquilo que não entrou ou não entrará para esse patrimônio, em virtude de certo fato danoso.**
>
> **Assim que, o dano, em toda a sua extensão, há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar"** (Da inexecução das obrigações e suas conseqüências, Ed. Jurídica e Universitária Ltda., 1965, 3ª ed., pág. 173).

Segundo POLACCO, citado pelo mesmo autor:

> **"Dano é a efetiva diminuição do patrimônio e consiste na diferença entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação fora exatamente cumprida".**

A composição de perdas e danos abrange, pois, os chamados danos emergentes e lucros cessantes, isto é, compreende tanto a perda sofrida, no que se incluem também os juros e as custas, quanto o que se deixa de ganhar.

Como diz PONTES DE MIRANDA:

> **"O que se há de indenizar é** todo **o dano. Por "todo o dano" se hão de entender o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido; portanto, tudo o que o ofendido sofreu pelo fato que o sistema jurídico liga ao ofensor"** (Tratado de Direito Privado, Ed. Borsoi, 2ª ed., 1959, Parte Especial, tomo XXVI, pág. 43).

Ademais, para que realmente acoberte o lesado, cumpre que o coloque na exata situação em que estaria se o dano não se houvesse produzido.

Aliás, a regra do art. 1059 do Código Civil abona esta inteligência, pois estatui:

> **"Salvo as exceções expressas neste Código de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar".**

32. – De conseguinte, se alguém faz jus a um proveito econômico que dado contrato lhe proporcionaria, a sonegação deste proveito compreende-se no dano reparável. Deveras, não fora o comportamento injurídico do inadimplente e o ofendido desfrutaria dele. Logo, para que fique indene, isto é, livre do dano, importa que perceba este valor que lhe caberia absorver e absorveria se o direito se houvesse cumprido. As perdas e danos visam precisamente a alcançar este

resultado. Faltaria recomposição plena da esfera jurídica e patrimonial do lesado se os lucros a advirem do contrato não lhe fossem incorporados.

Em suma: o credor insatisfeito não pode persistir onerado pelo devedor inadimplente. Daí que o pagamento das perdas e danos só cumpre esta função na medida em que proporciona ao ofendido situação de perfeita equivalência àquela em que se encontraria caso o direito se houvesse realizado originariamente.

VI – RESPOSTA AOS QUESITOS

33. – Em face de quanto se expôs às consultas, respondo:

I – A preterição da consulente em contrato para obras, licitado pela ELETROSUL e deferido a outro concorrente, enseja-lhe direito a perdas e danos contra a promotora do certame, uma vez demonstrada, na ação judicial, que efetuou a melhor proposta nos termos da convocação, por haver oferecido preço acentuadamente mais abaixo que os demais concorrentes e condições técnicas equivalentes.

II – O **"quantum"** indenizatório há de compreender todo o prejuízo patrimonial sofrido, de maneira a aoarcar juros, custas e lucros que o contrato proporcionaria, se efetuado tempestivamente, com aquele que, de direito, fazia jus a ele. Importa que a recomposição patrimonial se faça às completas, vale dizer, outorgando ao insatisfeito importância acobertadora de tudo o que perdeu e que deixou de ganhar por força da inadimplência gravosa.

É o meu parecer.

São Paulo, 21 de fevereiro de 1979.

INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA LEI COMPLEMENTAR Nº 5/1970

MÁRIO BERNARDO SESTA
Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul

1. O Diretório Municipal de Caxias do Sul – RS, tendo procedido à escolha de seus candidatos para o pleito de 15 de novembro de 1976, pretendeu, entre outras, registrar a candidatura do cidadão V.R. para concorrer à vice-prefeitura, tendo sido o registro desta candidatura impugnado, pelo agente local do Ministério Público, com fundamento no que dispõe a letra "n" do inciso I, do art. 1º da Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, visto estar o referido cidadão respondendo a processo como incurso em delito conumerado no mesmo dispositivo legal complementar.

O juízo eleitoral da primeira instância acolheu a impugnação e indeferiu o correspondente pedido de inscrição.

Recorrida, a decisão de primeira instância foi reformada por decisão unânime do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, que reconhecendo a inconstitucionalidade parcial do dispositivo em que se fundamentaram a impugnação e a sentença recorrida, mandou proceder ao registro da candidatura pretendida.

Recurso da Procuradoria Regional Eleitoral que, apoiado em decisões anteriores, nas quais também reconhecera parcialmente inconstitucional o dispositivo citado da Lei Complementar nº 5/70, e com fundamento no que determina o art. 263 do Código Eleitoral Brasileiro, não conheceu o recurso.

Agora, recurso da Procuradoria Geral Eleitoral conduz a matéria à elevada apreciação do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

2. Cumpre, inicialmente, examinar PRELIMINAR DE ORDEM PROCESSUAL.

O recurso extraordinário, impetrado pelo Procurador-Geral Eleitoral, fundamenta-se expressamente no art. 139 da Constituição Federal, onde se dispõe serem **"irrecorríveis** as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, **salvo as que contrariem esta Constituição** e as denegações de habeas-corpus, das quais caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal".

O exame da matéria, pela sua complexidade, exige o desenvolvimento de duas linhas de análise. **Primeira,** impõe-se o confronto do sobrecitado art. 139 da Constituição Federal, **como um todo e enquanto norma especial,** com a norma geral em matéria de recurso extraordinário, consignada no art. 119, III da mesma Constituição. **Segunda,** para o necessário aproveitamento da análise que se disse primeira, faz-se mister **contrapor entre si as duas partes** constitutivas do próprio art. 139 de que ora se trata, isto é, a **regra especial** que contém e as **exceções** que formula àquela regra.

Memorial do autor ao Supremo Tribunal Federal

Caso não versasse **matéria eleitoral** a questão que agora se pretende ver apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, correto fundamento para o recurso impetrado estaria no disposto pelo inciso III, do art. 119 da Constituição Federal, que determina:

Art. 119 – Compete ao Supremo Tribunal Federal:

. . . . . .

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

a) **contrariar dispositivo desta Constituição** ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) **declarar a inconstitucionalidade de** tratado ou **lei federal;**

... (grifou-se)

Ocorre, porém, que em se tratando de matéria eleitoral, como se trata efetivamente, pois é sobre elegibilidade que se está a discutir, existe **norma especial** no que respeita a recurso das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, de **cunho restritivo,** que é a do art. 139 citado, e que, em razão mesma de sua especialidade, deve prevalecer sobre a regra geral.

Pois se a **"lei nova,** que estabeleça dispositivos gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior" (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, art. 2º, § 2º grifou-se) com muito maior razão há-se prevalecer a especialidade sobre a generalidade quando se trate de **normas contemporâneas e integrantes da mesma lei,** como as dos arts. 119, III e 139 da Constituição Federal.

No que respeita pois a recurso de decisão do Tribunal Superior Eleitoral a regra é a do art. 139 da Constituição Federal; regra especial que, pela sua própria natureza e nível, se contrapõe à regra geral.

E esta regra especial é **precipuamente restritiva. A oração principal,** do período de que se constitui, reza **serem irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral.**

"Irrecorríveis" diz respeito a **qualquer recurso,** entendimento que se vê fortalecido na medida em que o próprio art. 139, em exame, prevê exceções à regra especial que enuncia, assegurando-lhe assim, **no âmbito de sua especialidade, abrangência geral.**

Como diz bem CARLOS MAXIMILIANO, interpretam-se "estritamente" os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 7ª ed, 1961, ed. Freitas Bastos, SP/RJ p 388, n.377, XIV; grifou-se)

Prosseguindo, agora na segunda linha da análise proposta, e examinando o problema à luz da norma própria, isto é, a especial, do art. 139 citado, observa-se que, excluindo a hipótese de decisão denegatória de habeas-corpus, as demais do

Tribunal Superior Eleitoral são **irrecorríveis,** a menos que **contrariem a própria Constituição.**

Aqui não se fala em **decisões que declarem inconstitucionalidade de** tratado ou **lei federal,** como se diz na letra b) do inciso III, do art. 119 da Constituição Federal, isto é, na regra geral.

Ora, quando, a par de regra geral, existe norma especial de cunho restritivo, precipuamente restritivo, como a do art. 139 citado, não há como entender as eventuais exceções que essa última estipule a seu próprio alcance especial e restritivo, a não ser na sua **acepção estrita.**

A decisão ora recorrida **não contraria a Constituição;** o Tribunal Superior Eleitoral **não conheceu** recurso de decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, **esta declaratória de inconstitucionalidade de lei complementar.**

Por outro lado, em que pese suas especiais características de **sobredireito nacional,** as leis complementares são normas infraconstitucionais, editadas pelo Congresso Nacional enquanto órgão de **poder constituído,** perfeitamente distintas das que o mesmo órgão edita quando investido do poder **constituinte residual,** previstas ambas as hipóteses separadamente nos arts. 56, I e II, 47 e 50 da Constituição Federal.

Irrecorrível é, pois, a decisão do Tribunal Superior Eleitoral sobre o caso em tela, carecendo de base o recurso extraordinário interposto, que não pode destarte ser conhecido.

3. Passando, agora, à análise dos ASPECTOS ATINENTES AO MÉRITO da questão sob juízo, convém ficar distinção que se nos afigura da maior importância para o adequado enfoque do problema.

O **processo revolucionário** por que passa o país desde 31 de março de 1964, na medida em que o **fato revolucionário,** de um lado é fenômeno de duração, continua (Atos Institucionais nº 2 e 3; preâmbulos) e, de outro, é, e aqui reside sua característica juridicamente mais relevante, a manifestação mais marcante do **poder constituinte** (Ato Institucional nº 1, preâmbulo; CASTANHEIRA NEVES, A Revolução e o Direito, Lisboa, 1976, separata da Revista da Ordem dos Advogados, p. 18; PH. – I. ANDRÉ-VICENT, Les Revolutions et le Droit, Paris, 1974, Bibliotheque de Philosophie du Droit, vol. XVIII, p. 103, JORGE R. A. VANOSSI, Teoria Constitucional, I, ed. Deplama, Buenos Aires, 1975, p. 123, LUIS RECASENS SICHES, Vida Humana, Sociedad y Derecho, F. C. E. México, p. 293, GEORGES BURDEAU, Traité de Science Politique, Paris, 1950, III, 548; SANTI ROMANO, Frammenti di un Dizionário Giuridico, Rivoluzione e Dirito, 1947, Milano, p. 222; HANS KELSEN, Teoria Pura do Direito, Coimbra, 1962, 8ª ed., II, p. 35; JOÃO LEITÃO DE ABREU, A Validade da Ordem Jurídica, Porto Alegre, 1964, p. 191; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Direito Constitucional Comparado, I, O Poder Constituinte, 1974, São Paulo, p. 40), determina existirem, no ordenamento jurídico brasileiro, duas categorias de normas. Primeiras, **a nível de sobredireito, quase sempre** editadas por via especial e destinadas **sempre** à realização das metas que se propõe o movimento revolucionário, as que denominaremos **normas revolucionárias.** Segundas, as normas não revolucionárias editadas sempre segun-

do critérios formalmente fixados nos parâmetros constitucionais, hierarquizados a começar da própria Constituição até a norma de menor escalão, tutelando valores já incorporados ao processo social da Nação.

Na medida que uma revolução vem inexoravelmente carregada de conteúdo ideológico e programático, ela exige, para sua própria realização, que os dispositivos legais intrinsecamente revolucionários, editados como instrumentos de sua ação, sejam interpretados com base em critérios predominantemente políticos.

É evidente pois, que, em razão de sua especial natureza, as primeiras devam ser entendidas e aplicadas perquirindo-se, ainda que não exclusivamente, mas, ao menos, prevalentemente, **as metas do movimento constituinte** de que são expressão legal (KARL ENGISCH, Introdução ao Pensamento Jurídico, 1972, Lisboa, 3ª ed., p. 150).

Também se não pode limitá-las às que foram editadas por via extraordinária como os Atos Institucionais e Atos Complementares. Ao grupo pertencem também as que, editadas pelas vias normais, tutelam valores indubitavelmente ligados às metas revolucionárias, tais como as disposições dos artigos 181, 182 e 185 da Constituição Federal e em matéria eleitoral, o disposto na letra "b" do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 5/70.

As **normas não revolucionárias,** porém, só podem ser entendidas e aplicadas segundo os **cânones ordinários** de hermenêutica, dentre os quais sobressaem, por certo, a **hierarquia das normas,** a **supremacia constitucional** e a **interpretação sistemática.**

Ora, o fundamento legal da impugnação da candidatura cujo registro foi mandado proceder por decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, foi o disposto na letra 'n", do inciso I, de art. 1º da Lei Complementar nº 5/70.

Trata-se, evidentemente, de **norma não revolucionária,** quer pela **forma de sua edição,** quer pelo seu **conteúdo,** cuja finalidade é afastar da vida pública os cidadãos que para tanto se descredenciaram através da prática de crimes reveladores de sua inidoneidade.

Não há que confundí-la com as que instituem medidas extraordinárias, de caráter revolucionário tendentes a coibir práticas de subversão ou de corrupção, (Lei Complementar nº 5/70, I,b). Essas medidas punitivas, cujo alcance e sentido se completam quando visualizadas no peculiar contexto que lhes é próprio, estão expressamente fora do alcance revisor do Poder Judiciário (Constituição Federal, art. 181) e independem de prévia declaração judicial condenatória (Constituição Federal, art. 185; art. 182; Ato Institucional nº 5/68, art. 6º § § 1º e 2º).

Caso se tratasse da prática de ilícitos que sensibilizassem negativamente a preocupação de resguardo das metas revolucionárias, os remédios coibitivos seriam outros que não os convencionais, determinando indiscutível inelegibilidade com diverso fundamento (Lei Complementar nº 5/70, art. 1º,I, b).

Não se trata, pois, no caso em tela, do exame da validade e eficácia de dispositivo vinculado à **ordem institucional** revolucionária, sujeito a critérios peculiares de exame.

Trata-se de dispositivo inserto na **ordem constitucional**, sujeito, portanto, ao crivo dos critérios convencionais de alcance e hierarquia.

Assim sendo, cumpre sujeitá-la aos parâmetros normais de interpretação, situá-la na hierarquia que lhe é própria, confrontá-la com as normas que lhe sejam superiores, visualizá-la dentro da sistemática constitucional e legal vigente.

4. O processo legislativo tal como vem definido na Secção V do Capítulo VI da Constituição Federal, estabelece nítidas diferenças de **nível** (art. 46, I e II) e de **procedimento** (arts. 47, 48 e 50) entre o **poder constituinte residual,** que se expressa na **reforma constitucional** e o poder legiferante complementar, que é **poder constituído** e se expressa complementando ou mesmo **completando** o texto constitucional.

Verdade é, sem dúvida, constituírem as leis complementares categoria a que não está muito afeiçoado o constitucionalismo brasileiro, eis que sua previsão expressa entre as fontes formais do direito nacional é recente e poucas são as leis que se contam nessa categoria. Na doutrina, há quem as receba na **acepção mais restrita,** como PONTES DE MIRANDA, que, ao comentar as leis complementares previstas no art. 22 do Ato Adicional Parlamentarista (Emenda Constitucional nº 4/61), delas dizia que sua previsão constitucional implicava em conferir ao Congresso Nacional poderes para complementar, "... **o que não é completar"** (Comentários à Constituição de 1946, VIII, Suplemento I, 1962, pág. 181). Mais recentemente, comentando já a Constituição Federal de 1967, ressalta PONTES DE MIRANDA a circunstância de as **leis complementares não serem emendas constitucionais,** para concluir que aquelas, uma vez que não emendam, apenas completam não podendo de nenhum modo alterar a Constituição, devendo ater-se ao conteúdo que esta lhes atribui (Comentários à Constituição de 1967, tomo III, 1967, pág. 150).

Menos restritiva e seguramente mais realista a concepção do francês PIERRE STILLMUNKES, ao analisar as "lois organiques", categoria prevista no art. 34 da Constituição Francesa e análoga às nossas leis complementares. Diz o referido publicista que a constituição "... pourra être **precisée et completée** par une loi organique" (La Classification des Actes Ayant Force de Loi en Droit Public Français – Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L'Etranger – Mars – Avril 1964 – nº 2, pág. 273 – 274; grifou-se).

Mesmo, porém, se reconheça às leis complementares, quando o texto constitucional, ao prevê-las **caso a caso** assim disponha **expressamente,** alcance para **completar** a Constituição, como o fez a Emenda Constitucional nº 14/65 no seu art. 2º, dando ensejo à Lei nº 4738, de 15 de julho de 1965 e como fez inequivocamente o art. 151 da Constituição Federal, dando ensejo à Lei Complementar nº 5/70, cumpre não esquecer a diferença entre completar e **alterar, contrapor, contradizer.**

No exercício do poder constituinte residual, o Congresso Nacional poderá, mediante reforma constitucional e obedecido o procedimento próprio, contradizer e, conseqüentemente, alterar o texto constitucional vigente, exceto no que respeita à abolição do sistema federativo e do regime republicano, matérias que lhe são **indisponíveis.**

Legislador complementar não exerce poder constituinte residual; **exerce poder constituído,** sendo-lhe, conseqüentemente, **indisponível qualquer passagem do texto constitucionsl vigente.** Caso, no exercício de sua atribuição complementar, venha a contraditar o texto, ou a sistemática da Constituição, não é esta que resultará alterada e, sim, sua obra que, por exorbitante de competência que lhe assiste, resultará **inconstitucional, inválida** pois, **nuls.**

5. Segundo a sistemática adotada na Constituição Federal, esta mesma indica expressamente as passagens que carecem de complementação.

Assim, a Lei Complementar nº 5/70 foi editada com base no art. 151 da Constituição Federal, para estabelecer os casos de inelegibilidade, certamente **outros** que não os decorrentes diretamente do próprio texto constitucional (artigos 150; 151 § único; artigo 185), visando preservar (a) o "regime democrático", (b) a "probidade administrativa", (c) a "normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego público da administração direta ou indireta ou do poder econômico" e (d) a **moralidade para o exercício do mandato, levada em consideraçõo a vida pregressa do candidato"** (grifou-se).

No intuito de alcançar tais desideratos, o **legislador complementar,** no dispositivo que ora se está a examinar, declarou **absolutamente inelegível** todos quantos "tenham sido condenados **ou respondsm a processo judicial, instaurado por denúncia do Minjstério Público, recebida pels autoridade judiciária competente,** por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo delito previsto no art. 22 desta lei complementar, **enquanto não absolvidos** ou penalmente reabilitados" (LC nº 5/70, art. 1º I,n; grifou-se).

Competia, porém, ao legislador complementar definir **outros** casos de inelegibilidade **sem ferir o texto constitucional,** eis que não foi poder constituinte o que se lhe delegou. Retorna a supracitada lição de PONTES DE MIRANDA: **competência legiferante complementar não é poder constituinte residual para reforma constitucional.**

Ao declarar absolutamente inelegíveis os cidadãos que tiverem sido **condenados** pela prática dos crimes que enumera, o ítem "n" do inciso I, do art. 1º da Lei Complementar nº 5/70, é tecnicamente correto, vindo ao encontro do texto expresso do art. 149 da mesma Constituição Federal onde, numa perspectiva não revolucionária, se diz que **"sssegurada so paciente ampls defesa,** poderá ser declarada a perda ou suspensão dos seus direitos políticos, que se dará **por ato do Presidente ds República,** nos casos de que trata o § 1º daquele artigo e que nada dizem com o que se está a analisar, e **por decisão judicial,** entre outras hipóteses, na de **"condenação criminal, enquanto dursrem seus efeitos"** (art. 149, § 2º, c).

Mas, declarar absolutamente inelegível o cidadão **tão só denunciado** pela prática dos delitos que enumera, ainda que aceita a denúncia e em pleno andamento o processo, como prescreve a parte do disposto na letra "n", do inciso I, do art. 1º da Lei Complementar nº 5/70 em que se fundou a impugnação, **é contradizer flagrantsmente** o mandamento acima mencionado e contido no art. 149 e seus § § da Constituição Federal, e tal não pode uma lei complementar porque não é documento hábil a promover reforma constitucional.

E não ś só o disposto no art. 149 da Constituição Federal que invalida a parte ora discutida da Lei Complementar nº 5/70.

Como brilhantemente sustentava, então em voto vencido, o ilustre Ministro XAVIER ALBUQUERQUE, a "encomenda do constituinte não é, propriamente, no sentido de que o legislador complementar se arvore em construtor de quaisquer conceitos de moralidade. Ele manda que o legislador proteja a moralidade para o exercício dos mandamentos eletivos, **mas lhe dś o** gabarito da vida pregressa do candidato, que há de ser levada em consideração. Dá-lhe pois, **critério objetivo** que há de ser observado" (Acórdão, nº 5.598 – RE – curso 4.189 Classe IV – Rio de Janeiro, in Boletim Eleitoral nº 279, pág. 558).

E prossegue:

"Ora, a vida pregressa de um homem se traduz por **fstos.** No que entende com a moralidade, releva, certamente, **o fato de haver alguém cometido crime.** Mas, o que torna certo esse fato, imprimindo-o, efetivamente, na vida pregressa que a Constituição manda levar em conta é o **acertamento judicial** contido na sentença condenatória" (id. ibid., grifou-se).

E ainda:

"Conceito atribuído a velho e clássico penalista, porque do tempo em que os penalistas também eram processualistas penais, diz que **a lei penal exprime o direito dos celerados, ao passo que a lei processual penal informa o direito dos homens de bem.** Isso quer significar, apenas, que nem o mais puro dos homens está isento do risco de ser indevidamente processado, de ser levado às barras do pretório. Até provar que não incorre em culpa, nenhum de nós está a salvo de ser processado criminalmente" (id. ibid., grifou-se).

Induvidosa se nos depara a circunstância de ter o legislador complementar **extravasado** a atribuição que lhe conferiu a Constituição Federal no inciso IV do art. 151, quando aprovou a parte do texto da letra "n" do inciso I, do art. 1º da Lei Complementar nº 5/70 onde se declaram absolutamente inelegíveis os cidadãos que, sem terem sido ainda condenados, estejam, no entanto, sendo processados como incursos em algum dos delitos que enumera.

Em face de dispositivos constitucionais expressos bem como da sistemática constitucional vigente, a **vids pregressa** do cidadão, oferecida como parâmetro constitucional ao legislador complementar, **só pode ser a resultante de condenação criminsl.**

6: Nem é novo nem estranho ao direito brasileiro o princípio denominado de **"presunção de inocência"**, segundo o qual essa qualidade é conatural e presumida em todo o indivíduo que só vem a perdê-la mediante **acertamento judicial** de sua culpa, expresso em **sentença condenatória,** assegurando-se-lhe amplas condições de defesa.

Disso decorre que o direito-dever de punir, próprio do Estado, só é legítimo na medida em que se exercer segundo um complexo de garantias intimamente relacionadas e coletivamente designadas como **"due process of law"** conforme expressão consagrada no direito anglo-americano.

Mal se crê que no primeiro quartel do século XIII os barões ingleses tivessem conseguido arrancar de seu rei, na pradaria de Runnymede, a Magna Charta, cujo artigo 29 dispõe:

"NO FREEMAN SHALL BE TAKEN OR IMPRISIONED, OR DISSEISED, OR OUTLAWED, OR IN ANY WAY DISTROYED, NOR WILL WE GO UPON HIM, NOR WILL WE SEND UPON HIM, **EXCEPT BY THE LAWFUL JUDGEMENT OF HIS PEERS AND BY THE LAW OF THE LAND"** (Encyclopaedia Britannica, vol. 14, p. 557; grifou-se).

Como observa ANDRÉ MAUROIS em sua "história da Inglaterra", ao impor essa norma a seu rei, os barões **"não julgavam estar fazendo uma nova lei,** exigiam o respeito de seus antigos privilégios" (op. cit., Irmãos Pongetti Editores, Rio de Janeiro, 1959, p. 100, IV; grifou-se).

E mais adiante completa seu pensamento, especificamente em relação ao dispositivo transcrito para observar:

"Texto de alcance muito limitado no espírito dos barões de Runnymede, que entendiam simplesmente que um senhor não podia ser julgado senão pelos seus pares, ou um homem livre por homens livres, texto destinado, por aqueles que o tinham redigido, a pôr em xeque os juízes do rei, mas texto que devia, com efeito, proteger a nação inglesa no dia em que os vilões mesmos se tivessem tornado homens livres" (id. ibid., p. 100/101, V).

Outro marco na penosa história das conquistas democráticas, de fundamental e particular relevância, no que respeita ao direito, ora argüido, de o indiciado ser havido como inocente até decisão judicial que o condene, foi a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", apresentada por LAFAYETTE à Assembléia Constituinte da França, que a aprovou em 26 de agosto de 1789 e cujo art. 9º diz:

"todo hombre se presume inocente hasta que ha sido declarado culpable, y **si se juiga indispensable arrestarlo,** todo rigor que no sea necessario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley" (apud CARLOS ANDRADE GEYWITZ, Elementos de Derecho Constitucional Chileno, 2º ed., Editorial Juridica de Chile, 1971, p. 153; grifou-se).

Finalmente, dito princípio foi reafirmado solenemente na primeira parte do art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada, em 1948, pela III Assembléia Geral das Nações Unidas, onde se lê que:

"todo homem acusado de um ato delituoso tem o **direito de ser presumido inocente** até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe serão asseguradas todas as **garantias necessárias à sua defesa"** (grifou-se).

Ouve-se dizer alhures que o sobredito enunciado e o princípio nele consignado não passam de tese atraente, talvez inútil, certamente perigosa.

Nada mais perigoso, porém, para o jurista do que perder o vislumbre da História da Humanidade, a revelar o quadro simultaneamente aterrador e confortante dos sacrifícios de inteiras gerações, durante séculos, desde a Magna Charta até as Revoluções Americana e Francesa e, finalmente, a dolorosa reafirmação da concepção do homem pela qual se lutou em 1939-45 e que transparece sofrida na declaração universal acima parcialmente transcrita.

Cumpre, igualmente, não perder de vista o enfoque histórico nacional para ter presente que a Revolução Brasileira de 1964 foi deflagrada para impedir a instauração de regime declaradamente alheio a tal sorte de consideração (Ato Institucional nº 1/64, Preâmbulo).

Observa-se, por outro lado, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada pela já referida III Assembléia Geral das Nações Unidas como **norma complementar** do que dispõem os arts. 55 e 56 da própria carta das **Nações Unidas,** esta juridicamente vinculativa para o Brasil, que a assinou e ratificou.

Desnecessário se nos afigura, porém, dispender maior esforço com indagações sobre a eficácia, na ordem interna, de norma internacional, pois entendemos estar seu conteúdo afirmado no direito constitucional brasileiro.

7. Retornando à análise do princípio da presunção de inocência e valendo-nos, agora apenas a título de forma de expressão, do texto internacional transcrito, aparece claramente a íntima associação da dita presunção com o **direito de defesa do acusado.**

Ambos, o **direito à presunção de inocência** e o **direito de defesa do acusado** nada mais são do que facetas do "due process of law", completando o princípio do **"nullum crimen nulla poena sine lege",** com o **"nulla poena sine judicio".**

Como sustenta GIAN DOMENICO PISAPIA, professor titular de direito processual penal da Universidade de Milão, o **direito de dafesa** "...aun constituyendo un derecho fundamental del acusado, no es – en nuestro entender – sino un aspecto particular del más amplio **derecho a un debido proceso** o a proceso justo (the right to a fair trial), del que habla la doctrina anglosajona y del que encontramos el eco en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, quanto en la ya citada Convención Europea para la salvaguardia de los Derechos del Hombre y de

las Libertades Fundamentales". (Los Principios Fundamentales del Processo Penal en la Constitución Italiana y en las Convenciones Internacionales, in Revista Interamericana de Direito Processual Penal. P. Alegre, Ano I, vols. 1 e 2, 1976, pág. 37).

Fundamento último, razão de ser do "due process of law" outra não é senão a presunção de inocência em favor do acusado; função desse direito de ser prasumido inocente, **garantia dsse direito** é todo o processo penal e, dentro dele, acima de qualquer outro, o **direito de dafesa.**

A inter-ralação funcional entre a presunção de inocência e o direito de ampla defesa permite-nos ordenar ambos os direitos como sendo o segundo uma garantia do primeiro, donde se nos permite concluir que o **Estado "... somente poderá inflingir pana ao violador da norma panal, após a comprovação de sua responsabilidade (atrsvés do processo) a medisnte dacisão do órgão jurisdicionsl"** (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, Processo Penal, São Paulo, 1975, 1º vol., 2a. ed., p. 10, nº 5; grifou-se).

Pode-se dizer, aliás, que, enquanto o "**nullum crimen nulla poens sine lege"** expressa o princípio de legalidade no que respeita ao **direito pensl,** o "**nulla poena sine judicio"** expressa-o no que respeita ao **direito processusl pensl.**

Como ensina HECTOR CUADRA:

"El **principio de legalidsd** implica igualmente, en materia penal, que **el acussdo debe ser supuesto inocenta hasts en tanto su culpsbilidad no hsya sido demonstrada".** "La **presunción de inocencia,** más que implicar la reprobación del poder arbitrário implica un **acto de fs en el individuo** que halla su expresión en las reglas que exigen que, en un processo penal, los hechos si son probados, conduzcan al estabelecimiento de la culpabilidad personal del individuo **y no a presunción genersl de culpabilidad** equivalente a una **transferencia de la prueba de** cargo" (La Proyección Internacional de los Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Juridicas, UNAM, México, 1970, p. 53, 54; grifou-se).

Ora, a Constituição Federal ao enunciar, no Capítulo IV do Título II os **direitos e garsntias individuais**, determina expressamente, no § 15 de seu art. 153, que a **lei "... assegurará aos acusados ampla defesa**, com os recursos a ela inerentes" (grifou-se).

Qual outra razão de assegurar-se constitucionalmente o direito de defesa **senão cpmo garantia do direito maior à presunção de inocência.** É evidente que assegurando-se a **garantia,** assegurando-se ainda que **implicitamenta,** mas não menos efetivamente, o **direito** em função do qual aquela se impõe.

A técnica de identificação de **poderes** ou **direitos** implícitos não é estranha à tradição constitucional a que se filia o constitucionalismo brasileiro. (CARLOS MAXIMILIANO, Hermenêutica e Aplicação do Direito, Freitas Bastos, 7a. ed., RJ/SP., p. 387).

Se não a enunciação dos fins pressupõe a atribuição dos meios adequados como decorrência implícita, com muito maior razão e muitíssimo menor temor se há

de reconhecer procedente o inverso: dado o meio (= dada a garantia) pressuponha-se o fim (= o direito).

Na mesma linha, ao comentar a Constituição Italiana, CARLOS CERETI:

"Disposizioni integrative sono quelle degli artt. 24, 25 e 27 per le quali **"la difesa è diritto inviolabile** in ogni stato e grado del procedimanto" e **"nessuno puo essere punito se non in forzs di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"** (e per legge doveva intendersi secondo le sentenze del 26 gennaio 1957, n. 21, e del 22 novembre 1962, n. 90, della Corte Costituzionale, soltanto la legge dello Stato a favore della quale l'art. 25 stabilisca una riserva assoluta) e **"l'imputsto non è considerato colpevole sino alls condsnna definitiva". Nel loro complesso esse riaffermano** anzitutto, (...), quella garanzia constituzionale che gli anglo-sassoni definiscono come "lawful judgement" o **"due process of law"** e che potrebbe essere tradotto come garanzia della sottoposizione e procedimento ed a giudizio che assicurino ai cittadini la possibilità di difendersi in condizioni adeguate ed in conformità ai sommi principi del diritto (Diritto Costituzionale Italiano, UTET, Torino, 8ª ed., 1971, p. 173, 174; grifou-se).

8. Caso não pareça conveniente a afirmação de que a presunção de inocência está implícita na garantia de ampla defesa do acusado, assegurada pelo § 15 do art. 153 da Constituição Federal, é de não ser esquecido o mandamento contido no § 36 do mesmo artigo constitucional.

Lá se diz que a "especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota".

Na evolução do constitucionalismo brasileiro, só a Constituição Imperial foi omissa no assegurar cláusula geral de direitos e garantias. Seguindo os modelos dos Estados Unidos da América do Norte (Constituição Federal, Emenda IX) e da Argentina (Constituição art. 33), a tradição constitucional brasileira da República tem consagrado (1891, art. 78; 1934, art. 114; 1937, art. 123; 1946, art. 144; 1967, art. 150, § 35; 1969, art. 153, § 36) o **princípio geral de ressalvs.**

Como diz PONTES DE MIRANDA, a propósito do dispositivo análogo da Constituição de 1967:

"Os textos constitucionais, quando se preocupam com os direitos dos indivíduos e dos nacionais, mais cogitam daqueles que facilmente se põem em perigo. Com isso, não neguem outros, como, por exemplo, o **direito à vida.** Uma das conseqüências da regra jurídica do art. 150, § 35, é refugar-se, a respeito dos direitos e garantias, o princípio de interpretação das leis **Inclusio unius alterius est exclusio** (Comentários à Constituição de 1967, RT, São Paulo, 1968, V, p. 617).

Idêntica, a propósito da Constituição de 1891, a lição de BARBALHO:

"Outras Gsrantias, além das já mencionadas nos artigos 72 e seguintes, são asseguradas pela Constituição, como corolários da forma de governo por ale estabelecida e de seus princípios fundamentais. Esta disposição é similar da que

se contém na Emenda IX das adicionais à Constituição dos Estados Unidos norte-americanos, e foi aí estabelecida. Dizem os comentadores, como cautela contra a má aplicação da máxima demasiado repetida, que uma afirmação em casos particulares importa uma negação em todos os mais e vice-versa. Tendo a Constituição mencionado tais e quais direitos e garantias como pertencentes aos indivíduos, aos cidadãos, ao povo, poder-se-ia concluir que outros direitos e garantias não lhe são reconhecidos, **visto não se acharem expressos no texto constitucional (inclusio unius, exclusio alterius)**. Para afastar essa falsa conclusão, a Constituição declara que a enumeração nela feita quanto a direitos e garantias não deve ser tida como supressiva de outros não mencionados, os quais ficam subsistentes, **uma vez que sejam decorrentes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consagra**" (Comentários à Constituição, 1902, p. 344; grifou-se).

Esse entendimento, "proclamado há tanto tempo e de tão alto, é tranqüilo no Brasil, **desconhecendo contestações",** diz HAMILTON DE MORAES E BARROS (A Proteção Jurisdicional dos Direitos Humanos no Direito Positivo Brasileiro, Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF. Ano VIII, nº 32, p. 69; grifou-se).

Nessa linha entendemos, aliás, o voto do eminente Desembargador PAULO BARBOSA LESSA quando, na condição de membro do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, foi relator de processo em que se ventila questão análoga a de que ora se trata:

"A doutrina da nossa Constituição é nitidamente uma **doutrina democrática** e que assenta numa concepção otimista, com respeito ao futuro da humanidade". "O art. 1º da nossa Constituição diz expressamente: "O Brasil é uma República Federativa, constituída, sob o **regime representativo,** pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios". "Portanto, coloca, como um dos **princípios basilares,** já no pórtico do seu texto constitucional, o **regime representativo".**

"Ademais, ao tratar do direito político fundamental, da organização política brasileira, da sua **estrutura política,** no art. 152 esclarece: "A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:

E assenta, como o primeiro deles: **"regime representativo e democrático".** E esclarece o que seja isso: "baseado na pluralidade de partidos e **na garantia dos direitos fundamentais do homem".**

"De maneira que eu ousaria ir um pouco mais além do voto do eminente Ministro Xavier de Albuquerque, dizendo que é um dos princípios fundamentais, expresso na Constituição, este de que a lei política deve garantir os direitos fundamentais do homem" (Tribunal Regional Eleitoral/RS, Processo nº 997 – Classe 4, notas taquigráficas; grifou-se).

Cremos, porém, ser desnecessário o apelo ao sobrecitado § 36 do art. 153 da Constituição Federal por entendermos, como já ficou dito, que o próprio § 15 do

mesmo artigo sustenta **implicitamente** na ordem constitucional brasileira o direito è presunção de inocência ne medida em que afirma expressamente sua gerantie.

E como também já se disse, não é só implicitamente que a Constituição Federal afirma o direito à presunção de inocência. **Também o faz expressa, posto que indiretamente, no § 2º do art. 149** ao determinar que a "perda ou suspensão dos direitos políticos fer-se-á por decisão judicial: (...) c) **por motivo de condenação criminal, enquanto durarem seus efeitos"** (grifou-se).

E aqui ferindo exatamente a questão ora em exame, a Constituição Federal exibe induvidosamente seu acolhimento ao princípio da presunção de inocência.

9. Procura-se diminuir a consistência do direito à presunção de inocência trazendo à colação as **exceções** que o ordenamento jurídico contempla a esse princípio.

As hipóteses de prisão **preventiva** (em sentido leto, incluindo e prisão em flagrente e a prisão preventiva em sentido estrito), embora consistam efetivamente em restrições à liberdade do réu antes de ser declarado culpado em decisão condenatória, não invalidam, porém, o princípio ora firmado. Pelo contrário, consolidam sua afirmação na medida em que dizem respeito a **situações excepcionais** e se destinam a prevenir a eventual frustração de todo o procedimento penal em razão do possível e malicioso desaparecimento do próprio réu.

Embora sem e norma expressa contida no art. 137 do novo Código de Processo Penal da França (**"la detention préventive est une mesure exceptionelle"**), os arts. 313, 314 e 315 do Código de Processo Penal Brasileiro revelam, ao prever e regular a medida, parcimônia e cautela peculiares às medidas de caráter excepcional. Acrescente-se o rigor com que a melhor doutrina e farta jurisprudência ressaltam o cunho de excepcionalidade da medida, ao exigir minuciosa fundamentação de despacho que a decrete.

Como observa FERNANDES NETO:

"A simples consulta às revistas de jurisprudência demonstra que as Cortes de Justiça têm, com uma freqüência até certo ponto chocante dada a imensidade de arestos nesse sentido, anulado decretos de prisão preventiva por insanável defeito de fundamentação quanto a necessidade da medida. E tais anulações, normalmente, decorrem do fato de os juízes limitarem a fundamentação a singela repetição de textos legais, sem a menor referência aos fatos que provem a um terceiro que leia o despacho, a necessidade da medida edotada. Ou, quando se referem aos fatos, os mesmos divorciam-se do processo, ou como já afirmado pelo Tribunal de Justiça do Estado, "surgem fundamentos do decreto sem ressonância no processo" (Ementário Jurisprudencial, 3, pág. 35). A assertiva, até certo ponto comum, de que a motivação do decreto estava implícita, indecorria das entrelinhas, não existe como fato e, como tal, não pode ser aceita, pois, ou a motivação é completa abrangendo todos os pontos, ou inexistente".

E adiante:

"Um rápido bosquejo na jurisprudência confirma o até aqui asseverado, principalmente se lembrarmos, o que nem sempre ocorre, que suprime a liberdade do indivíduo antes de apurada a sua responsabilidade criminal pelos meios regulares, de sorte que somente se deve aplicar quando sua conveniência e necessidade tenham ficado evidentemente demonstrada" (Revista Forense, 100/336), pois, "Não é possível que haja na prisão preventiva um ato de arbítrio. O juiz tem de dizer porque decreta a prisão preventiva" (R. T. J. 33/408) e para tanto "Não se exige uma dissertação, uma peça literária. Exige-se fundamentação, motivação que demonstre, **quantum satis**, os pressupostos legais. A simples repetição genérica das palavras da lei não é fundamentação, e nem pode ser aceita como tal, insuficiente, para que seja mantida" (R. T. J., 39/544), desnecessária e injustificável" (R. T. J., 44/38).

"E mais: "Tratando-se de prisão facultativa (a única existente a partir de 1967), não basta que o juiz declare que a decreta como garantia da ordem pública, para conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação de lei penal, cumprindo-lhe fundamentar a decisão, indicando atos, fatos e circunstâncias que comprovem a existência dos requisitos que a justifiquem" (Revista Forense, 203/285), devendo, em suma, demonstrar cabalmente a necessidade e a conveniência de segregação, sendo de conceder a ordem de habeas corpus quando deixe de fazê-lo" (Revista Forense, 210/359), pois "A prisão que se permite decretar como segurança de ordem pública, conveniência da instrução criminal e interesse da aplicação da lei, é medida condicionada ao limite da exigência social, tornando-se ineficaz e ilegal se quem a determina não lhe demonstra devidamente a imperiosa necessidade" (Revista Forense, 211/345)" (FERNANDES NETO, Tycho Brahe, "A Fundamentação do despacho de Prisão Preventiva", in Revista Interamericana de Direito Processual Penal, P. Alegre, Ano I, vol. 1 e 2/1976, págs. 46 e 47).

Cuide-se de que as exceções nunca invalidam as regras; ao contrário, confirmam-nas em virtude da extraordinariedade das circunstâncias que as justificam.

A esse propósito não é demais o ensinamento de CARNELUTTI:

"Probablemente yo enuncie esta verdad con una fórmula excessiva, al hablar en un primer momento, de identidad del proceso y de la pena; (...) Mejor que la misma cosa, pena y proceso o, más exactamente castigo y proceso son el anverso y el reverso de una misma medalla; **esto quiere decir la fórmula de la implicancia: no se pude castigar sin proceder ni proceder sin castigar.** Una implicancia que, según San Agustin, denuncia la **pobreza del intelecto humano, que nos constriñe a castigar para saber si uno debe ser castigado".** (Derecho Procesal Civil y Penal, Ediciones Jurídicas Europa-América, Colección Ciencia de Proceso, nº 57, Derecho Procesal Penal, II, Buenos Aires, 1971, p. 52, 53; grifou-se).

E mais adiante:

"Este es, verdaderamente, el drama del proceso penal, sobre el cual debe basarse toda su problemática. Um drama, si se mira bien, enunciado en una

afirmación solemne de la Constituición Italiana: "al imputado no as considerado culpable hasta la condena definitiva" (art. 27-2). Esta fórmula se traduce vulgarmente, con la denominada presunción de inocencia; la ley, pues, considera al imputado inocente mientras no sea declarado culpable por una decisión definitiva; no obstante lo cual, quien es considerado inocente, en los casos que se admite la detención preventiva, es puestro en prisión. La humanidad del proceso penal y, por tanto, su pobreza, es denunciada por esta antinomia".

"Excluir la implicación del castigo en el proceso no es posible. El sufrimento del inocente es, desgraciadamente, el costo insuprimible del proceso penal. En el plano jurídico, tal sufrimiento no se puede explicar sino con la analogia, a través de la expropiación por utilidad pública (33); puesto que del processo penal la **res pública** no puede prescindir y el proceso penal no se puede hacer sin este riesgo, quien lo soporta sufre una lesión de sus intereses y, puede decirse, una disminución de sus derechos, por la misma razón por la cual el **dominus** es privado de la cosa suya porque la **salus rei publicae** lo exige. **Lo que se puede y se debe hacer es construir el proceso de tal modo que reduzca al mínimo el riesgo, que no se refiere tanto al error como al sufrimiento injusto deriva del error".**

"También sobre este punto debe fijarse un principio, y es verdaderamente fundamental; **la estructura del proceso debe ser tal que reduzca al mínimo posible ante todo el riesgo del error y, en segundo lugar, el sufrimiento injusto que de el deriva"** (ib. ibid., p. 53; grifou-se).

Sofisma-se sobremodo ao aprasentar as hipóteses excepcionais de prisão preventiva como prova de inconsistência do princípio de presunção de inocência, para questionar então se a liberdade física não teria talvez valor maior que a liberdade política, buscando justificar a redução desta contida na parte inconstitucional do que dispõe a letra "n" do inciso I, do art. 1º, da Lei Complementar nº 5/70 com redução daquela.

Como bem salientou o eminente Ministro JOÃO LEITÃO DE ABREU:

"Na antiguidade grega – obsarva JELLINEK – a liberdade se identifica com a participação no poder. Ser livre residia, por conseguinte, unicamente, no fato de poder o indivíduo aspirar a todas as funções e participar da formação da lei. Ser livre entre os antigos – escreve o grande publicista – é participar no governo; ser livre entre os modernos consiste em ser livre em relação ao poder estatal e possuir o direito, não de ser soberano, mas de exercer uma influência sobre o poder no interesse do indivíduo" (Recurso Eleitoral nº 4.466 – Classe IV – SP, voto do relator).

Não vemos, assim, como pretender acolher à guisa de exceção ao princípio da presunção de inocência, hipótese como a da letra "n", do inciso I, do art. 1º, da Lei Complementar nº 5/70, pois, nesse caso, a restrição imposta ao réu não se beneficia de nenhum caráter de tutela da realização do processo criminal em curso, sendo, portanto, abusiva.

10. Outra linha de crítica ao salutar princípio consagrado no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) desenvolveu-se principalmente em torno do então novo código italiano de processo penal, de 1930,

apontando-se-lhe já não a incompatibilidade com as exceções da prisão preventiva como falha maior, mas sim, insanável contradição interna, na medida em que, segundo alegam seus detratores, enquanto perdura o processo, desde sua instauração até a decisão final, se não há culpado, também não há inocente, cabendo tão-só a sentença declarar o réu, tal ou qual.

Como observa LUIGI GRANATA:

"1. Quando si riflette sul principio della presunzione di innocenza: non se ne possono assolutamente intendere i riflessi giuridici, se non si tiene conto del valore storico del principio stesso".

"É valutazione delle sua origine storica, che spiega il perchè – nell'art. 9 della "dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino" del 1789, fondamentale sintesi dei principi e delle profonde transformazioni arrecate dalla Rivoluzione Francesa – sia contenuto il principio stesso; è la valutazione stessa che – ricollegandosi al lungo periodo dell'assolutismo e del arbitrio in tutto e, necessariamente, anche in relazione al processo penale; spiega il perchè si sia sentito il bisogno di proclamare alto il principio stesso, cosi come l'altro che non può esistere reato se non sia espressamente preveduto come tale dalla legge e che non può esservi retroattività della legge penale" (La Tutela della Libertà Personale nel Diritto Processuale Penale, Guiffrè, Milano, 1957, p. 41).

E mais adiante:

"Il ricordo del passato ed il timore di tremendi possibili ritorni per l'avvenire, date levarie contigenze ed i varii sviluppi della storia; soverchiavano la dialettica della conseguensialità logica e giuridica. Si esigeva e si voleva che – come une guida luminosa e rassicuratrice – il principio fosse scolpito come una delle massime geranzie.

È naturale che, con questo indirizzodi idee e alla luce di queste esigenze psicologiche colletive, che diventavano esigenze politiche e giuridiche; il principio della presunzione di innocenza, permeasse, man mano, ogni ordinamento del diritto processuale penale, che traesse origine e guida dai principii liberali e dalle instituzione democratiche" (id. ibid., p. 42).

Observa ainda o mesmo autor que o código italiano de processo penal de 1913, de inspireção liberal e democrática "...non ebbe nessuna esitazione ad eddotare il principio della presunzione di innocenza...", que, segundo registra "...veniva posto a base di tutto il sistema" (op. cit., p. 42, 43).

E ressalva:

"Il Codice del 1930 – **in relazione a tutta la sua visuale generale** – rigettò il principio della presunzione di innocenza e ritenne di potere fermare il concetto che si tratteva sempre di un "indiziato di reità" e che non potesse avere alcun volare il principio stesso" (op. cit., p. 43; grifou-se).

GIOVANNI LEONE, a propósito, observa:

"En sustancia, la misma **legislaciòn facista** no derrocó la presunción de inocencia, sino que la declaró solamente inútil, no pudiéndose hablar, en el curso del proceso, ni de presunción de inocencia ni de la opuesta presunción de culpabilidad".

"La cuestión volvió a surgir en le seno de la Asamblea Constituyente italiana, y en esta sede reaparecieron las posisiones opuestas: por una parte se aspiraba la reproducción de la presunción, por otra, se observaba que ella, al menos en ciertas situaciones o fases del proceso, estaba en contradicción con la condición de indiciado del imputado".

"Poniéndose en la línea media entre las dos opuestas corrientes, la Constituyente aprobó el apartado 2º del art. 27, formulado así: "al imputado no se lo considera culpable hasta la condena definitiva". Con esta formulación, por una parte, no se reprodujo la presunción de inocencia y, por otra, no se formuló una presunción opuesta; se consagró en el documento legislativo un princípio de unánime y constante aceptación: a saber, durante el proceso no existe un culpable, un reo, sino solamente un imputado; la condición jurídica de "culpable" e o "condenado" deja tras de sí el proceso; la condición jurídica de imputado se vincula al proceso en curso; la primera nace cuando muere la segunda".

"Se dirá que este princípio era óbvio, ya que no sólo era aceptado por nuestra conciencia jurídica, sino puesto como base de toda nuestra legislación".

"La objeción puede ser superada considerando que la Constitución es un documento político dirigido también a cistalizar en fórmulas solemnes, y a defender de eventuales veleidades innovadores, **principios de aceptación indiscutida"** (Tratado de Derecho Procesal Penal I, Doctrinas Generales, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Colección Ciencia del Proceso, nº 46, 1963, p. 464, 465; grifou-se).

E conclui GRANATA:

"Non si può – nel quadro delle ragioni di cui si è discorso – ritenere como pleonaatico o semplicemente teorico il principio stesso; perchè, cosi come avviene di altri fondamentali principi, quali quello che non viè reato se non sia previsto dalla legge e che non vi puè eaaere una legge penale retroattiva (principio questo, che, in un certo periodo, nel nostro Paeae, si ritenne fosse il caso di sorpassare): è pur sempre necessario, anche in periodi storici, nei quali i principi stessi siano, sostanzialmente, fuori discussione, afermarli aolennemente; perchè i ricordi del passato, la involuzione possibile delle direttive e del criteri, piú consigliarlo, finiscono con imporlo pèr la garanzia di tutti e per la riconferma della tutela della libertà personale" (op. cit., p. 44, 45; grifou-se).

CARLOS RUBIANES, referindo VELEZ MARICONDE, observa que:

"Es equívoco el uso del vocabulo "presunción", ya que tecnicamente "las presunciones son conjeturas o deduciones que se basan en la experiência común y

nos suministran cierto convencimiento". El principio, agrega, no consagra "una presunción sino un **estado jurídico del imputado**, el cual es **inocente hasta que no sea declarado culpable,** por una sentencia firme, y esto no obsta, claro está, a que durante el proceso pueda existir una presunción de culpabilidad capaz de justificar medidas coercitivas de seguridad" (Estudios, II – 26).

"El imputado es, pues, inocente durante toda la sustanciación del proceso, y tal estado sólo cambia por la sentencia final que lo declare culpable. Ello no impide que, en forma más o menos intensa, aparezca en el proceso una presunción de culpabilidad, que justifique medidas en su contra" (Manual de Derecho Procesal Penal, Depalma, Buenos Aires, 1976, I, p. 79; grifou-se).

11. Cumpre ainda mencionar, a propósito da breve análise das repercussões da prisão preventiva sobre a consistência do princípio da presunção de liberdade, e considerando especificamente o caso em tela, que, diversamente do que se pretende com a parte induvidosamente inconstitucional do disposto na letra "n" do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 5/70, onde a simples denúncia aceita implica numa restrição grave à liberdade individual, naquela medida processual penal de cunho excepcional, a restrição da liberdade decorre do despacho judicial, **neceasariamente fundamentado** (CPP, art. 315), fundamentação essa que, como se viu, doutrina e jurisprudência exigem com rigor.

Se a prisão preventiva, enquanto medida excepcional de caráter processual penal, não serve para desacreditar, em tese, o princípio de presunção de inocência, muito menor serventia revela, por certo, no confronto, para o mesmo fim, com o dispositivo legal ora inquinado de inconstitucionalidade, pela simples razão de que naquela medida há decisão judicial prévia. Decisão que, tal como a **sentença declaratória de falência,** pode incluir-se na categoria das chamadas sentenças **"d'avant faire droit et d'avant dire droit".**

A propósito, escreve ARTURO J. ZAVALETA, ao analisar a teoria de JEAN BORNECQUE (para quem a prisão preventiva é uma pena):

"Son las "sentencias d'avant faire droit et d'avant dire droit", o sea aquellas por las cuales un tribunal en el curso de um juicio ordena una medida previa o provisoria en el interés de una parte sin estatuir sobre el fondo. Estos últimos son, en el procedimiento civil, la exacta réplica de lo que vemos en el procedimiento criminal con el mandato de depósito. Tenemos un ejemplo que aclarará este paralelismo: en procedimiento civil, un juez puede ordenar el nombramiento de un depositario para guardar o asegurar la conservación de un objeto litigioso. No se trata de resolver el problema de la propriedad, sino simplesmente de conservar el objeto intacto hasta el dia en que una sentencia definitiva habrá determinado su verdadero propietário. Guardadas las proporciones, esto es análogo a lo que pasa en materia de prisión preventiva" (La Prision Preventiva y La Libertad Provisoria, Antecendentes Históricos, Doctrina, Legislación y Jurisprudência, Ediciones ARAYU, Buenos Aires, 1954, pág. 116).

12. Finalmente, afora a iniqüidade que encerra, o dispositivo ora acoimado de inconstitucionalidade, na parte eivada do vício, implica também numa **absurda**

inversão de técnica jurídico-penal, eis que a suspensão dos direitos políticos é **pena acessória** no direito penal brasileiro, como determina o inciso V, do artigo 69 do Código Penal.

Pena acesaória pressupõe **pena principal,** pressupondo ambas a **condenação** do apenado. Aqui há réu; inexiste apenado. Como se vê, o dispositivo complementar em tela não só é **inconatitucional** e **iníqüo,** mas também absolutamente **ilógico!**

13. Assim sendo, por ferir diretamente o direito à presunção de inocência afirmado implicitamente no § 36 do art. 153, da Constituição Federal e expressamente no art. 149, § 2º, da mesma Constituição, resulta flagrantemente inconstitucional e exorbitância da parte do disposto na letra "n", do inciso I, do art. 1º da Lei Complementar nº 5/70, onde se determina serem absolutamente inelegíveis os cidadãos que, sem terem sido condenados ainda, estejam respondendo a processo como incursos nos delitos que enumera, pois extravasa dos parâmetros legais que lhe foram postos ao considerar a vida pregressa dos candidatos pelo inciso II do art. 151 da mesma Constituição Federal.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS ESTADUAIS MEDIANTE AÇÃO DECLARATÓRIA

LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE AZEVEDO
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

- **PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS ESTADUAIS MEDIANTE AÇÃO DECLARATÓRIA Inviabilidade, por incompetência absoluta do juízo local e por ilegitimidade ativa. Aplicação do art. 119, I, L da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.**
- **Ilegitimidade de partes passivas.**
- **Manifesta impropriedade da ação declaratória.**
- **Competência do legislador estadual para dispor a respeito dos serviços públicos locais.**
- **Pretenso monopólio dos contribuintes do ISTR nas vendas de passagens em ônibus intermunicipais.**
- **Privilégio das agências de viagens para terem exclusividade na venda de passagens (art. 2º do Dec. 73.845, de 14 de março de 1974). Inaplicabilidade dessa norma aos serviços públicos locais, ainda que concedidos. Inconstitucionalidade da norma regulamentar.**

I – ESCORÇO HISTÓRICO DO CASO:

1. Respondemos a consulta do SINDICATO DAS AGÊNCIAS E ESTAÇÕES RODOVIÁRIAS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, que pretende orientar seus filiados quanto à contestação de ação declaratória ordinária em que estão sendo citados, promovida pela FEDERAÇÃO DOS TRANSPORTES RODOVIÁRIOS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL e outros, que pretendem, com base em parecer do douto HELY LOPES MEIRELLES, encartado nos autos, obter a declaração de invalidade, por inconstitucionalidade e ilegalidade, ante a legislação federal, de regras das Leis Estaduais 3.080/56 (arts. 11, nº 4, e 22, nº 6) e 6.187/71 (arts. 2º e 15), que concedem às estações rodoviárias a exclusividade na venda de passagens e despachos de encomendas em ônibus que trafegam nas linhas intermunicipais, no território do Estado do Rio Grande do Sul.

2. A ação declaratória, em tramitação na 2ª vara da Fazenda Pública Estadual de Porto Alegre, é dirigida contra o DAER (Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem), autarquia estadual que detém o poder legal de proceder as concorrências e outorgar as concessões respectivas, tanto para exploração de linhas de transporte intermunicipal como para exploração de estações ou terminais rodoviários que, aqui, por definição legal, constituem serviço público estadual, explorado em regime de concessões.

3. Foi ordenada a citação, como litisconsortes passivos, a requerimento do órgão do Ministério Público, de todas as empresas titulares de concessões de estações rodoviárias no Estado, que, conseqüentemente, a deverão contestar. Para orientação do consulente e de seus filiados, passamos a examinar os aspectos jurídicos mais relevantes da singular espécie judicial.

II – **INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO LOCAL. ILEGITIMIDADE ATIVA.**

4. Recorde-se o teor dos pedidos principais dos autores, **in verbis:**

> **"Em face do exposto, requerem os Autores a V. Exª declare por santença:**
>
> **a) a inexistância lagítima da obrigatoriedade das ampresas da transporte colativo intermunicipal de passageiros, am face da legislação fiscal** e constitucional, **de continuarem a conceder exclusividade na venda de passagens e despachos de encomendas às esteções rodoviárias;**
>
> **b) a invalidade das disposições legeis estaduais da Lei 3.080/56 (arts. 11, nº 4, e 22, n. VI) e da Lei 6.187/71 (arts. 2º e 15) dessas derivadas em face da legislação fiscal e/ou** constitucional''.

5. Acoimam eles de inconstitucionais as indigitadas regras de direito local porque atentariam elas contra o **princípio da liberdede de iniciativa** erigido no art. 160, I, e contra a **política restritiva dos monopólios** preconizada no art. 163, ambos da Carta Magna Federal.

6. Embora mascarada de declaratória comum, a ação é, em verdade, **declaratória da inconstitucionalidede de leis estaduais.**

E o art. 119, 1, L, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, ao regular a **competência privativa** do Supremo Tribunal Federal, é bem claro ao definir que cabe ao Excelso Pretório:

> **"I, procassar e julgar originariamente:**
>
> .....
>
> **L) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual".**

7. Ao legislar sobre direito processual constitucional, nessa regra, o legislador supremo estabeleceu duas normas **self-executing:** uma, a respeito de **competência;** outra, a respeito de **legitimidade ativa.** Noutras palavras: avocou a si definir qual fosse o juízo competente para desconstituir norma ordinária ou regulamentar federal ou estadual quando atentatórias à letra ou ao espírito da Lei Maior; e foi mais longe, estabelecendo quem pode, de forma exclusiva, promover tal ação, fixando a legitimidade ativa tão-somente na pessoa do Procurador-Geral da República.

É isso que se lê em PONTES DE MIRANDA (1):

> **"O art. 119, I, L) estabeleceu, pela primeira vez, a ação constitutiva negativa por inconstitucionalidade,** in abstracto, **mas com legitimação ativa somente para o Procurador-Geral da República. Cp. art. 153, § 30.**

MIRANDA, PONTES DE, Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda de 1969, tomo IV, p. 44, 2ª ed. revista, Ed. Rev. dos Tribunais (1).

> **O Procurador-Geral da República tem, não só a competência mas o dever, segundo decorre, por exemplo, do art. 1º da Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1969, de promover a decretação de inconstitucionalidade (lá está dito "declaração", o que revela, no legisledor, pouca ciência quanto à classificação da eficácia das ações e das sentenças. (Cf. Constituição de 1967, art. 11, 1º, c)"**

No mesmo sentido é o magistério de CELSO AGRÍCOLA BARBI (2):

> **"Ademeis, nota-se que o texto constitucional fixou desde logo dois pontos importentíssimos, que são cepitais para a aplicação do princípio: atribuiu legitimidede para agir apenas ao Procurador-Geral da República e a competância apenas ao Supremo Tribunal Federal. Eliminou-se, assim, um grava problema, que seria o da astabelecer quais as pessoas hebilitadas a postular perante a Suprama Corte o axame da constitucionalidada".**

Em magnífico voto, no Supremo Tribunal Faderal, o eminente Ministro BILAC PINTO (3) tece considerações extremamente pertinentes com relação ao tema em estudo (possibilidade de o particular promover ação de decretação de inconstitucionalidade de leis em abstrato):

> **"Tal norma, mantide pela E.C. 1, de 1969 (art. 119. I, letra "L") define precisamente a competência do órgão jurisdicional a que se atribuiu privativamenta a função de exercitar esse controla – o Supremo Tribunal Federal – e a titularidade ativa exclusiva para a inicietiva – do Procurador-Geral da República.**
>
> **Acerca dessas duas caracteristicss do controle da inconstitucionalidada, por via de ação direta, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal no acórdão proferido no Tribunal Pleno no RE 69.979-GO (in RTJ 60/737), de qua foi Relator o ilustre Ministro Thompson Flores.**
>
> **"A legitimação ativa que a Constituição atribui, com exclusividade, ao Procurador-Geral de República, para promover a ação constitutiva-negativa, por inconstitucionalidade,** in abstracto **– de lei ou ato normativo, federal ou estadual, foi amplamente discutida pelo Supremo Tribunal Federel por ocasião do julgamento da Reclamação 849.** (in RTJ, 59/333)".

Referindo-se, mais adiante, a voto por ele proferido no julgamento da Reclamação 849, o ínclito BILAC PINTO relembra o direito gaulês, onde também existe o mecanismo constitucional de controle da constitucionalidade das leis:

> **"Daí se depreende que essa modalidade de controle da constitucionalidade das leis, foi crieda no interesse dos poderes públicos,** ficando

---

BARBI, CELSO AGRÍCOLA, A Ação Declaratória no Processo Civil Brasileiro, p. 168, 3ª ed., 1968, Ed. Sugestões Literárias (2).
RTJ 66/175, RE 72.810 (3).

excluída a possibilidade de os particulares suscitarem tal controle perante o Conselho Constitucional **(Maurica Duverger**, Institucions Politiques et Droit Constitucionnel, **Paris, 1970, p. 818).**

O mesmo acontece no caso brasileiro.

A Constituição Brasileira, no seu art. 119, I, letra L concedeu à União Federal, na pessoa de seu representante, que é o Procurador-Geral da República, competência exclusiva para representar ao Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estatual".

8. Não se enquadrando a hipótese no modelo previsto na lei constitucional e na sua projeção na jurisprudência e na ciência do direito, há de merecer a repulsa do Judiciário, como intérprete e guardião que é da ordem jurídica, na qual sobrepaira o texto constitucional, ignorado pelos autores, que pretendem, em juízo estadual de primeiro grau, deduzir pretensão para a qual somente tem legitimidade o Procurador-Geral da República, perante Juízo especial e único, que é o Supremo Tribunal Federal.

III – ILEGITIMIDADE DE PARTES PASSIVAS:

9. Manifestamente, conquanto interessados no feito, não têm nem os concessionários nem o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER) legitimidade para serem partes passivas na aludida ação declaratória.

10. Cuidam os autores: a) de desconstituir (= retirar a eficácia de) leis estaduais, por as terem como atentatórias ao sistema constitucional federal e à ordem jurídica da União. Por via de conseqüência, visam: 1) obter a desconstituição, nos seus efeitos, de contratos de concessão de serviços públicos, centenas deles e 2) subtrair das estações rodoviárias a exclusividade das vendas de passagens por ônibus e estender o direito de vendê-las às agências de viagem.

11. Ora, o **status quo** vigente no Estado do Rio Grande do Sul, contra o qual objetam os autores, é decorrência de **leis formais,** editadas após o processo legislativo adequado, do qual participaram a Augusta Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul e o Governador do Estado, nos termos da Constituição local.

12. Objetivando a ação em tela nada mais nada menos do que destruir parte do sistema legal do Estado, criado pelos respectivos poderes, no exercício de suas funções legiferantes próprias, somente são partes legítimas para respondê-la a Assembléia Legislativa e a representação judicial do Estado, esta titulada pelo Consultor-Geral do Estado.

É aplicável, por simetria de situações, o art. 175, parte final, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, para ser feita a citação da Assembléia Legislativa e também do Estado, este na pessoa do Consultor-Geral do Estado, caso o juiz não venha a dar, de plano, por sua incompetência absoluta.

IV – IMPROPRIEDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA

13. Já ficou claro que os autores carecem da ação declaratória, por serem partes ilegítimas. Os lindes que o legislador traça para a ação declaratória são bem precisos, com efeito.

O Ministro BILAC PINTO, de sua cátedra no Supremo Tribunal Federal, no aresto já citado, referindo-se à preciosa monografia de C.A. LÚCIO BITTENCOURT **(Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis)** sustenta que existem dois modos de controle da constitucionalidade das normas jurídicas, ou seja: 1) por via de ação, e 2) por via de exceção.

Mais adiante, lembrando textualmente o renomado juspublicista, assim se expressa em seu voto o Ministro BILAC PINTO:

> **"O exemplo meis frisante do sistema de controle por via de exceção fornecem-nos os Estados Unidos da América, onde, todavia, segundo já tivemos oportunidade de salientar, a jurisprudência evolui num sentido mais liberal. O Brasil seguiu essa mesma trilha, ao recusar ao Judiciário o poder de declarar nulo um ato do Congresso. Sentenças não podem enular leis – dizia o grande Rui: Uma coisa é declarar a nulidade. Outra,** anular. **Declarar nula uma lei é simplesmente consignar a sua incompossibilidade com a Constituição, lei primária e suprema".**

E, antes de concluir pela exclusiva legitimidade do Procurador-Geral da República e pela existência de foro privativo para a ação direta de inconstitucionalidade, que é a Corte Suprema, adverte ainda BILAC PINTO:

> **"A necessidade de um processo em curso, de uma** causa **am andamento, para que o problema da inconstitucionalidade seja considerado pelos tribunais, polariza a etenção e o cuidado dos juristas. E não se admite – como diz Rui, expressando e opinião dominente, – que se faça um processo exatamente com aquele fito, para que a ineficácia da lei constitua "conclusão da sentença e objeto do julgado".**

14. Mesmo à luz do art. 4º, do Código de Processo Civil, é evidente a inviabilidade da ação declaratória, no caso de que se cuida. A norma enfocada dispõe que a declaratoriedade própria e típica da sentença se pode operar somente em casos

"de existência ou inexistência de relação jurídice"

e

"da autenticidade ou falsidade de documento".

Percebe-se que os autores confundem, aqui, o conceito de **existâncie** com os de **validade, legalidade** e **constitucionalidade.**

15. Em seu primeiro pedido, os autores requerem a **declaração de inexistência de obrigatoriedade.** Equivocam-se, pois a ação declaratória serve para definir a relação jurídica no plano existencial, mas não a existência ou inexistência das obrigações que resultam das normas, e que lhes são ínsitas. Na espécie, os autores de modo algum cogitam da existência ou inexistência das normas mas sim da existência ou inexistência de um atributo delas, que é o da obrigatoriedade. Só inexistiria obrigatoriedade se inexistissem as normas. Em elas tendo existência no plano real, daí decorre a sua obrigatoriedade, que é inquestionável, no foro da ação direta, no estágio atual do direito pátrio.

16. Confundem-se ainda os autores ao identificar os órgãos do Poder Judiciário como prolatores de consultas a respeito da lei em tese, deslembrados de que os juízes exercem a **jurisdição** (CPC, artigo 1º). E de que a jurisdição, quando contenciosa, é **"aquela que tem por finalidade aplicar as aludidas normas gerais aos casos concretos que são levados à sua apreciação (dos juízes) e ao seu julgamento". (4).**

Ora, caso concreto é caso dado, ocorrido, verificado no mundo real. Opõe-se a caso abstrato, que é o pré-figurado pela norma, suscetível de ocorrer, ou não. Falece ao juiz, porque escapa à sua função jurisdicional, poder para manifestar-se sobre questões **in abstracto,** antes de positivar-se o conflito de interesses, salvo quando se discuta acerca da existência ou inexistência de relação jurídica ou autenticidade e falsidade de documento (CPC, art. 4º, I e II). Mesmo nessas hipóteses, entretanto, a jurisdição não opera ante situações hipotéticas, apenas-mente sugeridas pela norma, mas tão somente ante situações reais, que necessitam de definição sobre sua **existência,** não sobre a sua validade, eficácia, legalidade ou mesmo constitucionalidade.

17. Não existindo dúvida sobre a existência da relação jurídica mas tão somente sobre a sua validade, no plano da constitucionalidade e da hierarquia das normas jurídicas, não é caso, evidentemente, de ação declaratória.

Com efeito, não tem o juiz estadual como função **declarar** se alguma norma é constitucional ou legal. Apenas pode, ante o conflito de interesses efetivamente lavrado, recusar-lhe aplicação quando insuscetível de observância por antinomia com norma hierarquicamente superior ou sucessiva **in tempore.**

V – COMPETÊNCIA DO LEGISLADOR ESTADUAL PARA DISPOR SOBRE SERVIÇOS PÚBLICOS LOCAIS:

18. De modo algum a disciplina legal dos serviços de estações rodoviárias escapa, como acena o respeitável HELY LOPES MEIRELLES, ao âmbito da competência do legislador estadual, por configurar **monopolização de atividade privada e intervenção no domínio econômico.**

Não se deu conta o preclaro jurista de que se trata, o de venda de passagens e administração de estações rodoviárias, de **serviço público.** Assim também o é o de

(4) BARBI, CELSO AGRÍCOLA, Comentários ao Cód. de Proc. Civil de 1973, Forense, 1975, p. 27, 1º tomo.

transporte coletivo intermunicipal. Ao menos é o que ensina o próprio HELY LOPES MEIRELLES, em página lapidar a respeito da competência do Estado-membro para a prestação de serviços públicos (5):

> **"A competência do Estado-membro, para a prestação de serviços públicos não está discriminada constitucionalmente, pela razão já exposta ds que, no nosso sistema jurídico, o constituinte só enunciou as matérias reservadas à União, deixando as remanescentes para as unidades federadas e para os municípios. Mas é certo que da autonomia estadual deflui a competência para executar ou delegar todos os serviços de utilidade pública de âmbito regional, contidos nos limites de seu território".**

19. Daí que não se pode confundir prestação de serviço público por concessão ou delegação com a figura da intervenção no domínio econômico reservado à gestão privada. Esse setor, o dos serviços públicos, é originariamente da competência da atividade do ente estatal, que o pode delegar a terceiros, ou não. De modo algum, entretanto, se trata a gestão dos serviços públicos de intervenção na esfera de atividade de outrem, no caso o particular. Só se pode intervir, e aqui entra a etimologia, naquilo a que se é estranho. Seria ilogismo pensar que a exploração, direta ou indireta, de serviço público, se identificaria com a categoria jurídica desenhada no art. 163 da Constituição. Esta pressupõe dois tipos de sujeitos – o Estado e o particular – e um tipo de atividade econômica, a eminentemente privada que, no regime intervencionista consagrado pela ordem econômica da Constituição, só é aquela que não está reservada à gestão estatal.

20. Sob o ângulo da **exclusividade**, conceito que os autores misturam com o de monopólio, não são mais felizes estes nas suas colocações. O atributo da exclusividade pertence, em princípio, ao ente público, titular do serviço, que o pode delegar a um ou mais concessionários.

Tanto a atividade das estações rodoviárias não é monopolística que ultrapassam elas a casa das duas centenas, cobrindo todo o território do Estado. Há casos, até, de mais de um concessionário no mesmo município. E o legislador estadual cuidou, sabiamente, de vedar às mesmas pessoas serem titulares de mais do que uma concessão de estação rodoviária.

21. Finalmente, se monopólio ou intervenção no domínio econômico houvesse – o mesmo raciocínio se aplicaria à atividade dos autores, que também seria, então, inconstitucional. São titulares de linhas em trechos reservados, onde operam com **exclusividade.** Se sustentam ser privada a exploração do transporte de pessoas e encomendas, como, então, se sujeitam a pleitear do DAER, em concorrência, o direito de explorarem essas linhas?

(5) MEIRELLES, HELY LOPES, Direito Administrativo Brasileiro, p. 276, 2ª edição (6).

VI – **OS CONTRIBUINTES DO ISTR NÃO TÊM O MONOPÓLIO DAS VENDAS DE PASSAGENS INTERMUNICIPAIS:**

22. Aqui os autores argumentam, sem razão, com a norma regulamentar do art. 28 do Dec. Fed. nº 77.789/76, que determina a emissão, **"conforme o caso",** de bilhetes de passagem pelos contribuintes do ISTR.

Ora, se o transporte rodoviário intermunicipal é serviço público estadual, é ao Estado-membro que compete organizá-lo (Const. Fed., art. 13 e § 1º). Regulamento federal não pode intervir, direta ou indiretamente, em serviço público estadual, frente ao princípio da autonomia da unidade federada. Nem mesmo a lei ordinária federal poderia fazê-lo. O legislador, cautamente, no Dec.-Lei nº 1.438, não se embrenhou em exigências desse jaez. E mesmo o Executivo, ao editar o Regulamento, deixou escápula ao intérprete, interpondo a locução "conforme o caso" na regra em exame, com o que não invadiu a área de competência legislativa ou administrativa de nenhum ente político estadual ou municipal.

VII – **TAMBÉM AS AGÊNCIAS DE VIAGEM NÃO SÃO TITULARES DO PRIVILÉGIO QUE PRETENDEM**

23. Tampouco é aplicável, para o fito de anular o direito legislado do Estado, o art. 2º do Dec. Fed. nº 73.845, de 14 de março de 1974.

Tal regulamento, editado pelo Presidente da República, nesse passo infringe a Constituição Federal no ponto em que a Carta Magna assegura a autonomia estadual com relação à organização dos serviços públicos locais (Emenda nº 1, art. 13, § 1º).

24. Se o Governo Federal pretendeu, através de simples decreto, regulamentar atividade profissional, invocando mal o art. 2º do Decreto-Lei nº 55, de 18 de novembro de 1966, assim restringindo o exercício de um tipo de trabalho, fez afronta à letra e ao espírito do art. 153, § 23, da Constituição, que reza:

> **"É LIVRE O EXERCÍCIO DE QUALQUER TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO, OBSERVADAS AS CONDIÇÕES DE CAPACIDADE QUE A LEI ESTABELECER".**

Não é preciso nenhum esforço exegético desmedido para descobrir que só a lei – não o decreto ou regulamento – pode estabelecer restrições à atividade profissional, trabalho ou ofício. E a regra invocada pelos autores, agências de viagem, é de natureza meramente regulamentar, inaplicável por inconstitucionalidade flagrante.

VIII – **CONCLUSÃO:**

25. Na ação em apreço há ilegitimidade de parte ativa, incompetência absoluta do juízo, ilegitimidade passiva e carência de ação, além de, no mérito, dever-se entender não serem as normas de direito estadual atacadas nem ilegais, nem inconstitucionais mas apenas regras jurídicas de natureza organizacional, editadas para regerem o funcionamento de serviços públicos locais, e vigentes nos termos do art. 13 e § 1º da Emenda nº 1, de 1969.

26. É o parecer, **sub censura.**

PORTO ALEGRE, 1º de junho de 1979.

REVOGAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO

ANTÔNIO ESTÊVÃO ALLGAYER
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 3.597

ATO ADMINISTRATIVO. Requisitos de sua perfeição.
Forma. Validade de cláusula implícita em ato de criação de escola estadual.

Pelo Decreto Estadual nº 15.139, de 10 de maio de 1963, foi criado o Ginásio Estadual **"Cardeal Pacelli",** na cidade de Três de Maio, no prédio em que até então funcionara o Ginásio **"Pio XII",** mantido pela Sociedade Missionária Nossa Senhora Consoladora:

2. Na mesma data firmava-se contrato entre o Estado e a referida entidade, através do qual esta daria àquele em comodato o mencionado prédio, para a instalação do ginásio público atrás nominado.

3. Um mês depois da edição do decreto e da celebração do contrato, já mencionados, aquele diploma executivo (Decreto nº 15.139/63) era declarado **"nulo" (sic)** pelo Decreto Estadual nº 15.183, de 10 de junho de 1963, **verbis:**

> **"Artigo 1º – Por força do contrato celebrado entre o Estado e a Sociedade Missionária Nossa Senhora Consoladora, da cidade de Três de Maio, fica declarado nulo o Decreto nº 15.139, de 10 de maio de 1963".**

Revogava-se, pois, aparentemente, o Decreto de criação do Ginásio Estadual **"Cardeal Pacelli" (...) "por força do contrato..."**

4. E jamais foi reeditado ato que restabelecesse de modo explícito e na forma usual o rito administrativo que conferisse existência jurídica àquela escola pública.

5. Houve, contudo, vários atos administrativos posteriores, que encorajam a suposição de que o Poder Público sempre considerou o predito educandário legalmente criado, jamais cogitando de sua extinção.

Efetivamente, o Decreto nº 15.184, de 1º de junho de 1963, embora por equívoco alterasse o Decreto nº 15.076, de 22 de abril de 1963, relativo ao Ginásio Estadual de Tapejara, deixa inequívoco o intuito da Administração no sentido de classificar o Ginásio **"Cardeal Pacelli",** e não outro, em primeira entrância.

Posteriormente, com maior evidência ainda, o Decreto Estadual nº 19.012, de 28 de março de 1968, veio demonstrar que nunca chegara a ser posta em dúvida a existência legal da referida escola. Com efeito, pelo diploma administrativo em apreço criava-se o curso de grau colegial no Ginásio Estadual **"Cardeal Pacelli",** com base na Resolução nº 67/68 do Conselho Estadual de Educação. Este mesmo

ato foi retificado pelo Decreto nº 19.521, de 9 de janeiro de 1969, para declarar que a criação do grau colegial no Ginásio **"Cardeal Pacelli"** deve ser nos termos do Parecer 208/68/CEE..."

É o relatório.

6. Dois pronunciamentos foram carreados para o processo: um, do Assistente Especial do Conselho Estadual de Educação (fls. 38 a 40); o outro, do próprio Conselho, a teor do Parecer nº 291/76 (fls. 42 a 44).

Os dois pronunciamentos discrepam no que concerne à validade do revestimento formal dos atos que dão base jurídica à criação do educandário em causa.

A divergência, em síntese, circunscreve-se à seguinte questão:

Revogado o decreto que criou o Ginásio **"Cardeal Pacelli"**, teria o ato convalescido com a posterior instituição do curso colegial por iniciativa do Poder Executivo?

7. O exame da questão jurídica emergente dos fatos supõe, prefacialmente, clarificar-se o conceito de **revogação do ato administrativo.**

Conforme observa PAULO DA COSTA MANSO, **"a revogação pressupõa um ato primário válido. Tal afirmação longe está de ser pacífica, pelo menos na doutrina estrangeira"** (RDP, nº 31, 1974, pp. 27 e 28).

"A tendência da doutrina brasileira", prossegue o mesmo autor, **"é a de conceituar a revogação como a retirada de um ato válido que se verifica inconveniente e inoportuno" (idem, ibidem).**

8. É dominante na doutrina, hoje, a separação conceitual entre **revogação** ou **reforma** e **nulidade** ou **anulabilidade** dos atos administrativos. **Nulo** ou **anulável** é o ato que padece de vício de ilegitimidade ou de invalidade.

Segundo o magistério de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO.

> **"qualifica-se como revogação ou reforma a retirada de precedente ato administrativo pela sua inconveniência ou inoportunidade, e como nulidade ou anulabilidade, pela sus invalidade ou ilegitimidade".**
> **(Princípios Gerais de Direito Administrativo,** Forense, Rio, 1968, vol. I, p. 558).

MANOEL RIBEIRO esclarece:

> **"A revogação é constitutiva. A decretsção da nulidade é declaratória. Limita-se a revelar o vício que invalida o ato que não produziu efeito nem poderia produzi-lo" (Direito Administrativo,** Ed. Itaporã Ltda., Salvador, 1964, p. 230)

9. Do exposto deflui que o ato em causa aparece como de **revogação,** erroneamente posto sob o **nomen juris** de declaração de **nulidade**. Tal equívoco não

teria, obviamente, a força de invalidar o ato revogatório em si ou de retirar-lhe a eficácia. A simples troca de expressões não lhe agride a essência nem é de molde a induzir em erro o seu intérprete ou aplicador, uma vez que do contexto transparece clara a intenção do Poder Público, o que adiante pretendemos demonstrar.

10. Revogado formalmente o ato que criou a referida escola pública, deixaria esta de subsistir no mundo jurídico, não houvesse cláusula implícita no mesmo ato a manter-lhe, ou outro ato a devolver-lhe a existência legal. E tal ato, ou tais atos, para serem eficazes, hão de ser formalizados, uma vez que no Direito Administrativo a forma é condicionante da validade desses atos.

Como diz HELY LOPES MEIRELLES, **"o revestimento exteriorizado do ato administrativo constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição" (Direito Administrativo Brasileiro,** Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1976, 4ª ed., p. 175).

Se assim é no que respeita à sua edição, assim será no que tange à sua revogação:

> **"A revogação ou modificação do ato administrativo deve obedecar à mesma forma do ato originário, uma vaz que o elemento formal é vinculado tanto para sua formação quanto para o seu desfazimento ou alteração" (idem, ibidem,** p. 121)

11. **Se a forma é relevante (forma dat esse rei,** diz IHERING) não vai a exigência de exteriorização do ato ao ponto de o legislador estabelecer moldes rígidos condicionantes da validade dos atos administrativos. Podem estes ser enunciados de vários modos, desde que fique neles impressa a vontade de quem os editou e desde que não afrontem requisitos expressamente exigidos por lei.

12. No caso sob exame deparamo-nos com diploma administrativo – o Decreto nº 19.012, retificado pelo Decreto nº 19.321 –, que criou o curso colegial, **"para funcionar no Ginásio Estadual "Cardeal Pacelli"."** Há, pois ato formal que pressupõe ou reconhece a existência do referido ginásio. Consoante entendimento do Conselho Estadual de Educação, manifestado no Parecer nº 201/76, **"há no decreto ums declaração implícita, declaração essa que produz efeito "ex tunc""** (fls. 43).

Conquanto houvesse defeito material na forma do ato criador do Colégio **"Cardeal Pacelli",** é induvidoso, consentâneo com a nossa realidade e assente na Lei Federal nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, que o **curso colegial** é inseparável do **curso ginasial** e que, sob a denominação de **"colégio"** compreendia-se, à época, a conjugação dos dois ciclos – o ginasial e o colegial –, sendo este último inimaginável sem o primeiro, mormente em localidade que não possui nenhum outro educandário de grau médio.

13. Esclarece o acima referido parecer que **"pela Reforma Capanema, Dacreto-Lei nº 4.244, de 9 de abril de 1948, que teve vigência durante duas dezenas de anos, "Ginásio" era o estabelecimento de ensino secundário destinado a ministrar o curso de 1º ciclo e "Colégio" o destinado a dar, além do curso próprio de ginásio, um dos dois cursos do 2º ciclo, ou ambos (art. 5º)"** (fls. 43).

14. A doutrina conforta a aceitação da validade dos atos administrativos **implícitos, "uma vez qua"**, diz O.A. BANDEIRA DE MELO, **"a manifestação tácita de vontade equivale ao fenômano da equivalência a uma declaração axpressa que deixou de existir, a através daquele ato se deduz, quanto aos afeitos de direito" (op. cit., p. 447).**

MANOEL RIBEIRO mostra por que o rigorismo euremático seria ilógico em dadas situações:

> **"Não serão essenciais as formalidades preteridas ou irregularmente praticadas, quando, apesar da omissão ou irregularidade, sa tenha verificado o fato que elas se destinavam a preparar, ou alcançado o objetivo específico que mediante alas se visava produzir" (op. cit., p. 264).**

Finalmente, pondera O. A. BANDEIRA DE MELO, **"para o ato implícito ser válido, se faz necessário emane do mesmo órgão competante para ditar o ato expresso" (op. cit., p. 447).**

O fato de o decreto de criação do Colégio **"Cardeal Pacelli"** mencionar expressamente o ginásio estadual do mesmo nome deixa inequívoca a convicção do Poder Público de que o estabelecimento de primeiro ciclo existia. E, se o Decreto nº 15.183/63, inadequadamente redigido, tivesse desconstituído o ato de criação, atos posteriores, entre estes o Decreto nº 19.012/68 a o Decreto nº 19.521/69, respectivamente, teriam por cláusula implícita, reconstituído aquele ato, de modo que o Ginásio Estadual **"Cardeal Pacelli"** existe para todos os efeitos.

Parece-me, contudo, que o malsinado Decreto nº 15.183/63 não teve a força que se lhe atribui. Por mais que pese semanticamente a expressão sacramental **"fica declarado nulo..."**, de seu mal enunciado contexto transluz, límpida e inelutável, a vontade da Administração de apenas alterar o Decreto nº 15.139/63, nele inserindo cláusula contratual que confere alguns direitos à entidade comodante do prédio da escola.

De qualquer modo, quer se considere vigente o ato de criação, quer se o considere subsumido no decreto que cria o curso colegial no estabelecimento em menção, não há o que retificar ou reconstituir para os efeitos da regularidade de funcionamanto do referido educan 'ário público.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 17 de junho de 1977.

COMODATO DE BENS PÚBLICOS

ALMIRO DO COUTO E SILVA
Consultor Jurídico do Estsdo do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 3.944

COMODATO. Possibilidade de o Estado utilizar-se desse instituto, em auxílio de pessoa jurídica por ele integrada e que persegue fins de interesse público (EMATER).

A ASSOCIAÇÃO RIOGRANDENSE DE EMPREENDIMENTOS DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL, sociedade civil da qual são membros fundadores, nos termos do art. 8º do seu Estatuto, o Estado do Rio Grande do Sul, pela sua Secretaria de Agricultura; a União Federal, pelo seu Ministério de Agricultura; a Empresa Brasileira de Assistência Técnica e Extensão Rural (EMBRATER); a Federação da Agricultura do Estado do Rio Grande do Sul (FARSUL); a Federação dos Trabalhadores na Agricultura no Estado do Rio Grande do Sul (FETAG) e a Organização das Cooperativas do Estado do Rio Grande do Sul, solicitou ao Governo do Estado a doação ou a cessão em comodato de terrenos de propriedade do Estado, para neles construir a sede daquela sociedade. Na hipótese de comodato, o prazo seria de 20 anos. O Senhor Governador do Estado, em despacho exarado no ofício que lhe dirigiu o Senhor Secretário da Agricultura em apoio da proposta, decidiu acolher a alternativa do comodato, pelo prazo de 20 anos, tendo por objeto área discriminada no processo, situada no Bairro Menino Deus, nesta Capital. O expediente veio a esta Consultoria-Geral do Estado para exame da viabilidade jurídica do negócio jurídico, na forma sugerida.

2. O Estado Social ampliou de tal forma o campo de atuação do Poder Público nos mais variados setores da vida que determinou, por um lado, o surgimento de novas estruturas jurídicas, capazes de servir de instrumento às respostas qua a Administração teria necessariamente de dar aos novos desafios e, por outro, levou a adoção de formas do Direito Privado na realização de fins de interesse comum. Em razão disso, confundiram-se, de certo modo, as linhas que, no século passado, caracterizavam com rigorosa nitidez, os campos do Direito Público e do Direito Privado, levando alguns autores a falar na crise dessa **"summa divisio"** do Direito Objetivo (MARTIN BULLINGER, Derecho Publico, **"passim"**), e outros a mencionar a existência, ao lado do Direito Administrativo Público, de um Direito Administrativo Privado (HANS JULIS WOLF, **Verwaltungsracht**, I, p. 108).

3. A Associação Riograndense de Empreendimentos de Assistência Técnica é pessoa jurídica de direito privado que, com a colaboração de diversas entidades e órgãos estatais que participaram de sua gênese, persegue fins manifestamente de interesse público, ainda que não se insira entre as pessoas jurídicas que, nos termos da lei, integram a Administração Indireta do Estado (Decreto-Lei nº 200, artigo 4º, II; Decreto nº 19.801, art. 1º, § 2º)

De qualquer modo, a transferência de posse de um bem do Estado a pessoa jurídica com essas características constitui-se em outorga de meio material para a consecução de objetivos de interesse comum.

4. Pergunta-se se seria viável tal transferência mediante a realização de contrato de comodato.

Goza a Administração Pública de certa liberdade, dentro da lei, na eleição dos instrumentos jurídicos que lhe pareçam mais adequados ao desempenho das tarefas a que se propõe. É certo que, por vezes, a lei ordena imperativamente a adoção de determinado regime jurídico, como ocorre, por exemplo, com o exercício da função pública, subordinada, em princípio, a regras de direito público. Outras vezes, porém, a norma jurídica não submete a atividade administrativa a regime específico, permitindo a utilização indiferenciada, pelo agente do Poder Público, de formas do direito público ou do direito privado, conforme as circunstâncias e a conveniência do Estado (WOLFF-BACHOF, **Verwaltungsrecht**, I, § 23, p. 111). Assim, pode o Estado escolher entre comprar ou desapropriar um bem.

5. No plano federal, o Decreto-Lei nº 9.760 autoriza a União a ceder gratuitamente a posse de imóvel, não utilizado em serviço público, quando for de seu interesse prestar ajuda ou colaboração aos Estados, Municípios, entidades culturais ou de finalidades sociais, ou, em se tratando de aproveitamento econômico de interesse nacional, que mereça tal favor, a pessoa física ou jurídica (arts. 64, § 3º e 125). Tal cessão pode ser feita mediante termo ou contrato, de que expressamente constarão as condições estabelecidas, podendo ser rescindida ou revogada se ao imóvel, no todo ou em parte, for dada aplicação diversa da que lhe tenha sido destinada (art. 126). Não constituindo a cessão forma de alienação, é dispensável a autorização legislativa (CAIO TÁCITO, RDA, 32/482).

HELY LOPES MEIRELLES diverge em parte desse entendimento, ao dizer que a cessão não prescinde de autorização legislativa quando a posse do bem for transferida à outra entidade (Direito Administrativo Brasileiro, p. 480). Não encontramos, porém, fundamento legal ou justificativa para essa opinião, a não ser quando a cessão fosse feita por prazo tão dilatado ou em circunstâncias tais que quase implicasse, em termos práticos, na alienação de domínio ou na constituição de enfiteuse. Do contrário, uma vez integrado o bem (pela desafetação ao uso comum ou ao uso especial, ou por outra qualquer forma) ao patrimônio fiscal, não vemos como exigir lei especial para que possa ele ser locado ou cedido gratuitamente o seu uso. Esses atos, em se tratando de bens dominicais do Estado e desde que visem a fins impessoais, de interesse público, não refogem às tarefas normais de administração nem importam transferência de domínio, hipótese em que a especial autorização legislativa é indispensável (Código Civil, art. 67).

6. O Estado não tem regras análogas às vigentes, no plano da União, com referência à cessão de uso de seus bens.

Nada impede, todavia, que se utilize do comodato, como forma de direito privado, conforme decisão, aliás, do Senhor Governador do Estado. Em substância, entre cessão de uso e comodato quase não há distinção. O esforço dos doutrinadores em estabelecer o discrime geralmente tem como resultado a pobre

afirmação de que a cessão de uso é instituto do direito público, enquanto o comodato é de direito privado. Praticamente, todavia, ou as diferenças são inexistentes ou não são elas especialmente notáveis.

7. Não vemos, em conclusão, qualquer óbice jurídico à realização de contrato de comodato, como determinado pelo Senhor Governador do Estado.

Seria prudente, porém, que entre as cláusulas do contrato se consignasse a de que todas as acessões e benfeitorias feitas no imóvel, de qualquer natureza, revestiriam em benefício do Estado, sem que este nada tenha de indenizar, não gerando, portanto, o contrato, para o comodatário, direito de qualquer espécie, notadamente o de retenção ao término do prazo.

PORTO ALEGRE, 27 de outubro de 1978.

TEMPO DE SERVIÇO

ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 3.998

TEMPO DE SERVIÇO. Vantagens decorrentes do tempo de serviço em um cargo e que podem ser obtidas ou gozadas em outro. Distinção entre vantagens de gozo único e de gozo continuado.

Aplicação de normas de transição do anterior para o vigente Estatuto do Magistério.

Ao tratar da implantação da Carreira do Magistério Público do Estado, que criou, estabeleceu a Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974, a seguinte regra básica:

> **"Art. 156 – O primeiro provimanto dos cargos do Quadro de Carreira do Magistério Público, instituído pelo art. 148 desta Lei, será feito psla transferência dos professores efetivos, ocupantes de cargos que integram o Quadro Único do Magistério Público Estadual, criado pela Lai nº 6.181, da 8 de janeiro de 1971, que optarem expressamante pelo Quadro de Carraira e atenderem às sxigências previstas nesta Lei, dispensada a exigência de prova de habilitação prevista no parágrafo único do art. 34 desta Lei."**

Além da norma geral, que em si bastaria para regular também os casos de acumulação, a mesma Lei estabeleceu regra peculiar para os detentores de dois cargos no magistério:

> **"Art. 159 – Os professores que atualmente acumulam dois cargos no Magistério Estadual tarão sua transferência para o Quadro de Carreira regida pelas saguintes normas:**
>
> **I – podsrão ser transferidos para o Quadro de Carreira pelos dois csrgos;**
> **II – poderão ser transferidos para o Quadro de Carreira pelo cargo que indicarem, permanecendo com o outro csrgo no Quadro em extinção;**
> **III – poderão ser transferidos para o Quadro de Carreira pelo cargo que indicarem, e, exonerando-se do outro, assegurar-se o regime de 44 horas semanais, computando o tempo de serviço correspondente ao cargo de que se exoneraram pare os efaitos do art. 118, parágrafo único, deste Estatuto.**

No texto do Projeto remetido à Assembléia Legislativa pelo Governador do Estado, o art. 159 tinha a seguinte redação:

> **"Art. 159 – Os atuais datentores de dois cargos do Magistério Estadual, acumulados na forma da Constituição, que optaram pelo ingresso no Quadro de Carreira do Magistério, a este serão transpostos pelo cargo que indicarem.**

§ 1º – Na hipótese do artigo, fica assegurado ao optante escolher, quando da opção, qualquer um dos regimes de trabalho previstos no art. 117 desta Lei, computando-se, no caso de escolhe do ragime de 44 horas, o tampo de acúmulo para os efeitos do disposto no parégrafo único do art. 119 deste Estatuto.

§ 2º – Em qualquer das hipóteses do parágrafo anterior, deverá o profeasor exonerar-se do cargo acumulado."

Tal redação, que na Assembléia Legislativa, mediante emenda, foi alterada, manifestava claramente o intuito do administrador de não contar, no Quadro de Carreira, com professores acumulando dois cargos de magistério.

O texto da emenda, convertido em lei, dau entretanto ao professor acumulante amplas opções:

1. permanecer no Quadro em extinção com o cargo 1 e o cargo 2;

2. permanecer no Quadro em extinção com o cargo 1 e passar à carreira com o cargo 2;

3. permanecer no Quadro em extinção com o cargo 2 e passar à carreira com o cargo 1;

4. passar à carreira com o cargo 1 e com o cargo 2;

5. passar à carreira com o cargo 1, obtendo o regime de 44 horas semanais, e exonerar-se do cargo 2;

6. passar à carreira com o cargo 2, obtendo o regime de 44 horas semanais, e exonerar-se do cargo 1.

Ao professor cabia, ante o leque de opções que lhe era oferecido, ponderar as vantagens, desvantagens e riscos que cada alternativa lhe oferecia e fixar-se em uma delas; a primeira das supramencionadas seria o resultado de não manifestar qualquer opção.

As questões, que o presente processo e o seu anexo trazem, dizem respeito às opções correspondentes às alternativas 5 e 6, ou seja, ao item III do art. 159 citado.

Trata-se de definir as conseqüências, quanto à licença-prêmio, de tais opções.

A mais óbvia das respostas a serem dadas parece ser a seguinte: o professor que fez jus a uma licença-prêmio e, antes de gozá-la, ou durante o seu gozo; foi exonerado, perdeu totalmente o direito à mesma; é absurdo cogitar-se de seu gozo ou mesmo de sua concessão.

Em termos genéricos tal resposta é correta, mas há situações em que certos detalhes levam à conclusão diversa.

Assim, se o funcionário estadual se exonera de um cargo em virtude de estar assumindo outro, a sua linha funcional não sofre interrupção, e a licença-prêmio obtida enquanto estava provido em um cargo poderá ser gozada (ou computada em dobro, para os efeitos previstos em lei) quando estiver provido no outro cargo.

De outra parte, o professor que, nos termos do art. 159, item III, da Lei nº 6.672, transcrito, houver pedido transferência para a carreira por um dos cargos, exonerando-se do outro, assegurou-se não só o regime de 44 horas semanais mas também o cômputo do tempo de sérviço correspondente ao cargo de que se exonerou, para os efeitos do art. 118, parágrafo único, da mesma Lei.

Ou seja, para a aposentadoria, o tempo de serviço do outro cargo seria computado como se fosse de regime de 44 horas semanais de trabalho, resultando na incorporação de 1/25 da gratificação correspondente por ano de serviço.

Como o art. 90 da mesma Lei nº 6.672 determina que

"O tempo de licença-prêmio não gozado será, a pedido do membro do Magistério, contado em dobro, para efeito de aposentadoria, vedada a desconversão",

conclui-se que, apesar da exoneração, o tempo de licença-prêmio não gozada no cargo de que o professor foi exonerado será, a seu pedido, computado em dobro para efeito de aposentadoria, ou seja, para o cálculo dos proventos correspondentes.

Tal como muitas vezes ocorre com o aposentado compulsoriamente, poderá a própria concessão da licença-prêmio dar-se após a vacância do cargo, quando o gozo não é mais possível, restando porém viável a conversão em tempo de serviço, com o correspondente efeito pecuniário.

Cumpre ressalvar que tal contagem em dobro para incorporação da gratificação por regime especial é possível, no caso, excepcionalmente, porque a Lei mandou computar, como se fosse em regime especial, o **tempo de serviço em um cargo.** Normalmente a licença-prêmio não poderia ser computada em dobro para aumentar o tempo de exercício considerado para incorporação da gratificação por regime especial. A distinção é muito clara entre **tempo de serviço** por um lado e **tempo de exercício em determinadas condições** por outro.

A segunda resposta a ser dada diz respeito à possibilidade, ou não, de, no caso de acúmulo, computar tempo de serviço correspondente a um cargo, e já utilizado para obter a concessão de licença-prêmio nesse cargo, para obtenção de licença-prêmio em outro, após exoneração do primeiro.

Também nesse caso a resposta parece ser negativa.

Quando o funcionário é detentor de um único cargo e desse passa sem intervalo para outro, a sua linha funcional é única, e por isso a justaposição é sempre possível, para efeito de licença-prêmio, eis que nenhum período será computado para obter o mesmo efeito (licença-prêmio) em duas posições diferentes.

A justaposição de tempos de serviço em cargos diversos – acumulados – pode também dar-se, uma vez ocorrida a desacumulação, relativamente ao período não coincidente. Para produzir aquele efeito, porém, que já foi obtido no cargo anterior, esse tempo de serviço, embora não coincidente, não poderá ser considerado; caso contrário um único tempo de serviço estaria servindo de base para se obter a mesma vantagem em dois cargos.

Os exemplos que seguem poderão esclarecer a aplicação concreta do princípio. Para simplificá-los, o tempo será considerado como livre de faltas ou outras causas interruptivas do decênio necessário à obtenção da licença-prêmio:

1º – O professor ingressou em um cargo em 1963 e no outro em 1965. Em 1974 exonerou-se do primeiro, antes de gozar a licença-prêmio, continuando no segundo. Poderá contar em dobro o tempo da licença-prêmio do primeiro (para incorporação de gratificação na aposentadoria) e gozar ou contar em dobro a do segundo, ao adquiri-la em 1975. Para os demais efeitos sua agora única linha funcional poderá ser acrescida do período 1963/1965.

Poderá também – renunciando à conversão da licença-prêmio correspondente ao cargo de que se exonerou – ter considerado o período 1963/1965 para a licença-prêmio no segundo cargo, caso em que a terá adquirido em 1973.

2º – O mesmo professor, ao invés de se exonerar do primeiro, exonera-se do segundo cargo. Poderá gozar ou contar em dobro a licença-prêmio correspondente à linha em que permaneceu, e o período 65/74 será considerado para efeito de incorporação da gratificação na aposentadoria.

3º – O professor ingressou em um cargo em 1967 e em 1973 no outro. Em 1974 exonerou-se do primeiro, continuando no segundo. Não tem direito a licença-prêmio em nenhum cargo. O tempo entre 1967 e 1973 pode ser adicionado ao do segundo cargo, de modo a alcançar licença-prêmio em 1977. O ponto de partida para a aposentadoria será, com a adição, 1967; sem ela, 1973.

4º – O mesmo professor do exemplo nº 3, ao invés de se exonerar do primeiro, exonera-se do segundo cargo. Igualmente, não tem direito a licença-prêmio em nenhum cargo. Alcançá-lo-á em 1977. O ponto de partida para a aposentadoria será sempre 1967.

Seria possível buscar mais um exemplo, este de confronto, na aposentadoria de funcionário que acumule dois cargos. Se ele se aposenta em um dos cargos e continua a exercer o outro, não pode, embora não seja mais titular do cargo de que se aposentou, adicionar tempo de serviço deste ao tempo de serviço do que continua a exercer, quer se trate de tempo concorrente, quer não.

Ou ainda, o aposentado que, como hoje é possível, vem a ser nomeado para cargo em comissão. O tempo de serviço já utilizado para a primeira aposentadoria não pode mais ser usado para aposentadoria no cargo em comissão, embora uma posição funcional se siga à outra, com ou sem intervalo. (**Aliter** se tivesse ocorrido reversão ou convocação, que de certo modo desfazem a aposentadoria). Trata-se, segundo prevê a Constituição da República, de uma espécie de acumulação.

O tempo de serviço em causa, já havendo sido utilizado uma vez para aposentadoria, não pode agora ser usado novamente para outra aposentadoria.

A regra áurea, como se vê, é que o mesmo tempo não pode servir para gerar o mesmo resultado em duas posições diferentes.

A dificuldade para a compreensão de certas aplicações justifica-se pela distinção que deve ser feita entre vantagens, decorrentes do tempo de serviço, cuja utilização, quando adquiridas, se dá uma única vez, e outras vantagens, igualmente decorrentes do tempo de serviço, que, após obtidas, se traduzem num efeito permanente.

Não se diz que as vantagens do primeiro tipo sejam de gozo instantâneo, mas de gozo único, como é o caso da aposentadoria e de cada licença-prêmio. O seu gozo não se repete.

Já as do segundo tipo constituem como que uma aquisição que não se gasta, permanente, como é o caso das gratificações por tempo de serviço; a sua utilização flui constantemente.

É por essa razão que, retornando ao exemplo nº 3, supra, se o tempo de serviço não concorrente (1967/1973) for adicionado ao tempo de serviço (1973 em diante) no segundo cargo (aquele no qual o professor permaneceu), a gratificação por triênio poderá ser recalculada com ponto de partida em 1967. Como se trata de uma vantagem continuada, isso é possível. O efeito do recálculo, porém, será **ex nunc**: da exoneração em diante. Se se pretendesse – por causa da exoneração – recalcular os triênios no segundo cargo **ex tunc**, estar-se-ia, então sim, violando o princípio apontado: o tempo de serviço que já teria produzido efeito para percepção do avanço ou triênio em um cargo estaria se tornando gerador da mesma percepção em outro.

Em resumo e conclusão, portanto, pode-se dizer:

Dentro da ampla variedade de alternativas que a Lei nº 6.672 proporcionou aos professores que acumulassem duas posições funcionais, no que tange ao ingresso ou não na carreira, deve ser respeitada, em todos os efeitos e conseqüências, à opção feita.

Esses efeitos, caso a opção tenha sido pela passagem à carreira a partir de um cargo, com exoneração do outro, serão ainda diversos de acordo com o desejo do professor, expresso em seu pedido, de exonerar-se de tal ou qual dos dois cargos titulados.

Realizada a opção e a escolha, segundo critérios cujo estabelecimento e aplicação constituíam liberdade do professor, cumpre à Administração assegurar a esse membro do magistério os direitos por cuja conservação ou aquisição dessarte optou.

No reconhecimento desses direitos hão de ser observados os princípios gerais quanto ao tempo de serviço, à acumulação e a cada uma das vantagens pecuniárias ou não.

Entre esses princípios encontra-se o de que um mesmo tempo de serviço não pode gerar a mesma vantagem em duas posições diferentes.

No que concerne às vantagens, porém, há de se distinguir entre aquelas cuja aquisição consome o tempo de serviço e se gozam uma única vez, e aquelas cujo tempo de serviço se vai adicionando e cujo gozo é continuado.

O princípio é aplicável à ambas as classes de vantagens, embora o efeito da aplicação seja aparentemente diverso.

Assim, se é verdade que a licença-prêmio adquirida em um cargo (do qual o professor se exonerou) não poderá mais ser gozada, poderá entretanto ser computada em dobro para efeito de aposentadoria, inclusive para incorporação do regime especial.

O tempo, porém, que já gerou direito a licença-prêmio em um cargo, não poderá ser utilizado para alcançar licença-prêmio em outro; se a transposição for realizada, poderá gerar outros efeitos, respeitado sempre o princípio exposto.

De outra parte, o tempo que não chegou a gerar o direito à licença-prêmio pode ser transposto e adicionado; mas, uma vez transposto, não pode mais continuar a gerar efeitos na posição funcional a que foi subtraído.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 24 de janeiro de 1979.

CERTIDÕES EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

NEY SÁ
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.067

Expedição de certidões requeridas às repartições administrativas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações.

Inteligência do art. 153, § 35, da Emenda Constitucional nº 1, de 1979.

Requisitos.

O Sr. Presidente da Câmara Municipal de Vacaria requer fotocópias do Processo Administrativo nº 1291/75, que tramitou nesta Consultoria-Geral e no qual é indiciado o servidor H.B.L.

Sobre esse pedido solicita-se parecer.

A matéria não é nova, tendo já várias vezes sido tema de pronunciamentos não só na órbita administrativa como, também, através de decisões pretorianas.

O tema encontra suas raízes em disposição constitucional. Assim, as Constituições de 1934, 1946, 1967 e a sua emenda de 1969, dispuseram a propósito do direito reconhecido aos cidadãos de obterem junto às repartições públicas.

A Constituição de 1946 desdobrava a matéria em duas partes, assegurando **"a expedição das certidões requeridas para defesa de direito"**, no inciso III, do § 36, do art. 141 e **"a expedição das certidões requeridas para esclarecimento de negócios administrativos, salvo se o interesse público impuser sigilo"**, no inciso IV, do mesmo § 36.

A vigente Constituição, tanto na redação de 1967, como na atual, decorrente da Emenda nº 1, engloba os dois temas n te enunciado: **"A lei assegurará a expedição de certidões requeridas às repartições administrativas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações"** (art. 153, § 35).

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar sobre esse dispositivo constitucional, em sessão plena, no mandado de segurança nº 18.556, cujo acórdão é encimado por esta ementa:

> **"Cabe o mandado de segurança para a obtenção de certidões em processos administrativos". (in RDA, 100/93).**

Nessa impetração se visava a garantir ao requerente o direito de obter certidão referente a concessões de aposentadoria envolventes da valorização do tempo de

serviço militar, como serviço público, com o fito de fazer prova num processo judicial, acrescendo o interessado, no curso da impetração, que sendo reservista das Forças Armadas, lhe interessavam tais certidões. O **writ** era contra o ato do Sr. Presidente do Tribunal de Contas da União, que havia negado as certidões.

Por maioria, contra os votos dos Ministros ADALICIO NOGUEIRA (Relator) e THOMPSON FLORES, foi concedida a segurança, por ter entendido o Tribunal ser auto-executável a norma constitucional em apreço e por não precisar o interessado ser parte na relação jurídica para ter interesse legítimo na obtenção das certidões.

Reconheceu-se, porém, nesse Julgado que, se tivesse sido alegado sigilo, **"sarie caso de se examinar o assunto sob outro aspacto"**, como disse o ilustre Ministro THEMISTOCLES CAVALCANTI.

Ademais, em vários votos se deixou claro, explícita ou implicitamente, o entendimento de que o dispositivo constitucional em vigor **"alarga muito o conceito de interesse legítimo para requerer certidão"**, uma vez que a alocução **"asclarecimento de situeções"** é ampla.

Ainda na vigência da Constituição de 1946, o ilustre Consultor Jurídico do DASP, Dr. CLENICIO DA SILVA DUARTE, em parecer de 31 de outubro de 1963, se manifestava sobre o tema com estas palavras:

> **"Sigo na matéria, orientação liberal, entendendo que o principio de publicidade dos atos administrativos é de sar seguido pela Administração, que nêo deva ter interesse de ocultar os seus pronunciementos, a menos que sa trate de etos reservedos ou sigilosos, ou quando se evidencia pelo requerente intuito emulativo". (APUD Perecar do Dr. ALCINDO NOLETO RODRIGUES, in RDA, 101/302).**

O eminente Ministro CASTRO NUNES observava, por sua vez, que **"O direito à certidão pressupõe um interassado em obtê-la, para dafesa de um diraito individual, intaresse que se demonstra, qua se declara, que se justifica" (Rev. de Direito, 116/274).**

Há, assim, um consenso em que o particular é obrigado a indicar o direito que pretende defender com a certidão, como condição para o deferimento da pretensão pela autoridade administrativa, além de não haver sigilo a resguardar.

O eminente Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, quando no exercício da Consultoria-Geral da República, opinou:

> **"A administração pública não está obrigada aos etos certificativos senão quando concorram os dois requisitos seguintes: 1º – não contrariar a certidão pedida a exigência imposta palo interesse público, do segredo ou da reserva; 2º – justificar o requerente seu interessa no ato certificativo. O requerimento, sendo vago sobre os fatos de que se pede certidão, não deixa clero o interesse qua o provocou e que deve ser manifestado à administração pública". (Parecer nº 139-N, Pareceres do Consultor-Garal da República, 1942 a 1945 – págs. 163/165).**

Advirta-se, porém, que, **"a expedição de certidões requeridas para defesa de direito... de modo nenhum poda depender de apreciação da espécie pela repartição que há de passar: seria parmitir-se è autoridade administrativa erbítrio, ou, pelo menos, preaxame do direito do requerente. A denegação somente se pode admitir por falta de legitimação do requerente para requerer, ou nenhuma ligação do contaúdo do ato certificável com o direito deduzido, ou a daduzir-se, em juízo ou administrativamente, ou sigilo". (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº1 de 1969. 2ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1971, tomo V, p. 655).**

E prossegue o mestre:

> **"É escusado advertir-se que o requerimento há de dizer qual o direito que se afirma, para que se saiba qual a matéria que interessa à afirmação e prova dele. A repartição não pode exigir que se lhe declare qual a via que vai tomar; a fortiori, qual a "ação". Na espécie, o requerente, ou o representado por ele, não tem de ser o titular do direito, razão porque se riscou, no texto de 1967, a palavra "individual" (ID. IBID).**

Postas estas premissas, verifica-se que nada impede sejam fornecidas ao requerente as certidões solicitadas, desde que declarado o objetivo em que tais papéis serão utilizados. Mais se acentua, na espécie, a necessidade da demonstração do direito de que possa ser titular o pretendente aos documentos, quando se considere a reserva com que se costuma averbar os procedimentos administrativos, não só na intenção de preservar a pessoa do indiciado até a caracterização da falta que lhe é imputada como, também, no interesse da própria administração na apuração da falta. É preciso, assim, que se dê condições à Administração Pública de ajuizar da legitimação para requerer e da existência de ligação do conteúdo do que se quer certificado com o direito deduzido, ou a deduzir-se, como explicita PONTES DE MIRANDA.

Este é o parecer, s. m. j.

PORTO ALEGRE, 31 de maio de 1979.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

JORGE ARTHUR MORSCH
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 3.964

HONORÁRIOS DE ADVOGADO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. TITULARIDADE.
PARTICIPAÇÃO. PROIBIÇÃO.
SALÁRIO-PRODUTIVIDADE.
Os honorários da sucumbência pertencem à parte vencedora, não a seu advogado.
A percepção de honorários advocatícios não estava vedada pelo art. 196 da Emenda Constitucional nº 1.
Se quiser destinar os honorários da sucumbência ao Procurador Jurídico, o Município deve editar norma legislativa.
Legitimidade do salário-produtividade do Município de Bagé.

O PREFEITO MUNICIPAL DE BAGÉ formula consulta a respeito da possibilidade do pagamento ao seu Procurador Jurídico dos honorários advocatícios havido em decorrência do princípio da sucumbência.

2. O Procurador Jurídico da Prefeitura é detentor de cargo público, estando pois submetido a regime estatutário. Até o advento da Resolução nº 1.533, da Câmara de Vereadores, datada de 17 de julho de 1971, que aprovou a Emenda nº 10 à Lei Orgânica do Município, vinha recebendo os honorários advocatícios decorrentes da aplicação do princípio da sucumbência. Dando nova redação à Lei Orgânica do Município, a Emenda nº 10 veio a reproduzir literalmente no seu art. 83 o texto do art. 196 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que veda a participação dos servidores no produto da arrecadação dos tributos e multas, inclusive da dívida ativa, acrescentando no art. 84 que "os honorários advocatícios em cobrança judicial da dívida ativa do Município, executada pelos procuradores, consultores jurídicos ou assessores municipais, terão sua aplicação regulamentada por lei municipal especial". Esta veio através das Leis 1.725, de 14 de junho de 1973, e 1.795, de 18 de dezembro de 1974, instituidoras de um salário-produtividade temporário aos ocupantes de cargos de natureza profissional, dentre os quais o art. 4º da última Lei incluiu o Procurador Jurídico, e com vigência até 31 de dezembro de 1975. O Decreto nº 266, de 23 de dezembro de 1974, regulamentou a concessão do salário-produtividade ao Procurador Jurídico do Município, fixando-o em vinte por cento do valor do total das ações judiciais em que for parte a Prefeitura Municipal, especialmente as referentes à cobrança dos débitos fiscais, respeitado o limite de três vezes o vencimento percebido pelo servidor.

3. Desde o advento da Emenda nº 10 à Lei Orgânica do Município, o seu Procurador Jurídico passou a depositar os honorários advocatícios em estabelecimento bancário, ao tempo em que requeria ao Prefeito Municipal autorização para levantar ditas importâncias, sustentando a ilegalidade do art. 84 da Lei Orgânica,

posta em cotejo com o art. 64 do anterior Código de Processo Civil (art. 20 do atual Código de Processo Civil) e art. 99, § 1º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. O requerimento faz exame da legislação pertinente, arrola jurisprudência, menciona pareceres desta Consultoria-Geral do Estado e, sobretudo, busca amparo em artigo do Procurador do Estado de São Paulo, Dr. ORLANDO CARLOS GANDOLFO. Em petição mais recente, ratifica a anterior, alude à alteração da redação do art. 196 da Emenda Constitucional nº 1, pela Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, e reitera o pedido de autorização para levantamento dos honorários pagos por terceiros quando em litígio com a Prefeitura, ou pelo menos a concessão do salário-produtividade, o qual também jamais lhe foi pago.

Até aqui o relatório.

4. Três questões, desde logo, exurgem da consulta:

a) em primeiro lugar, cabe indagar se a condenação da parte vencida na verba de honorários advocatícios é feita em favor da parte vencedora, ou em favor de seu advogado; pois se credor da verba honorária é o procurador judicial, a entidade pública, parte vencedora no processo, careceria de competência legislativa para dispor a respeito da destinação dessas importâncias;

b) depois, se a percepção de honorários advocatícios por parte dos servidores públicos, no que se refere à cobrança judicial da dívida ativa, não estava vedado pelo art. 196 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, na redação original;

c) finalmente, cumpre cuidar da questão da legitimidade do pagamento do denominado salário-produtividade.

5. Tenho como certo que a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em decorrência do princípio da sucumbência é feita em prol da parte vencedora. Não apenas o texto do Código de Processo Civil acolhedor do princípio da sucumbência assim dispõe, mas isto resulta da própria disciplina legal dos honorários advocatícios feita no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

6. Na legislação mais antiga, cada parte suportava os honorários de seu advogado, fosse vencedor ou vencido. A adoção do princípio da sucumbência surgiu com o Código de Processo Civil de 1939, ao dispor no art. 64 que o réu vencido pagaria os honorários de advogado da parte contrária, se a ação resultasse de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual. Como explica PONTES DE MIRANDA **(Comentários ao Código de Processo Civil,** Rio, Forense, 1947, v. 1, p. 270), o texto do Código acolheu a orientação jurisprudencial que, nas indenizações por ato ilícito, incluía na condenação os honorários de advogado, para que a indenização fosse **"a mais completa possível"** (Código Civil, art. 1.290, parágrafo único). Impressionara então o caso das pessoas pobres, vítimas de transportes em estradas de ferro ou companhias de bonde, cuja indenização não chegava para o pagamento do advogado. Como se havia de admitir que estivessem indenizadas? – pergunta o Mestre.

7. O art. 64 do Código de Processo Civil teve alterada sua redação pela Lei nº 4.632, de 18 de maio de 1965, que uniformizou o tratamento da questão dos honorários advocatícios, suprimindo a exigência de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, determinando simplesmente que a sentença condenaria o vencido a pagar os honorários do advogado do vencedor. Mas os fundamentos da norma se mantiveram inalterados, residindo, na lição de CHIOVENDA (Instituições, v. III, p. 285) no fato objetivo da derrota, e na circunstância de que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva, e por ser de interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão; segundo HÉLIO TORNAGHI **(Comentários ao Código de Processo Civil,** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, v. 1, p. 165), funda-se em que à sentença cabe provar para que o direito do vencedor não saia diminuído de um processo em que foi proclamada a sua razão. Se o credor da quantia **x** tivesse de pagar a soma **y** para ver reconhecido seu crédito, o processo teria transformado o valor da obrigação em **x-y;** em outras palavras, em vez de ser meio de tutela, ele seria instrumento de redução de direitos. Poderia até ocorrer que as despesas superassem o valor da obrigação, caso em que o triunfo representaria prejuízo, seria vitória de Pirro. E quando não se discutisse matéria patrimonial, o reconhecimento do direito teria de ser pago, o que desnatura a noção de direito subjetivo. Fica claro, portanto, de seus fundamentos, que o princípio da sucumbência foi instituído **em prol da parte vencedora.** O vigente Código de Processo Civil o proclama, no art. 20:

> **"A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios."**

8. À idêntica conclusão se chega através do exame das normas que disciplinam o exercício da profissão de advogado, inclusive sua remuneração, contidas na Lei 4.215, de 27 de abril de 1963 (ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL). A sua apreciação foi feita nesta casa em alentados Pareceres, a saber, de nº 2.421, no Gabinete de Assessoramento Jurídico, de lavra do Consultor Jurídico NEY SÁ, e 2.422 do Consultor-Geral ORLANDO GIRALDI VANIN. Afirma-sa no primeiro, com apoio na lição de CLÓVIS:

> **"A relação jurídica da qual dimana o direito à percepção de honorários advocatícios é a que se estabelece entre o advogado e o seu cliente, entre o patrono e o comitente. Quem outorga poderes ao advogado para que este desempenhe atividade profissional é que se obriga a remunerar-lhe esse trabalho, e alám dele, apenas os seus sucessores."**

E no segundo:

> **"Os honorários são a remuneração pelos serviços profissionais prestados pelo advogado a seu cliente, e que são devidos independentemente do resultado. Vale dizer, portanto, que o direito do profissional de haver a paga pela prestação dos serviços não está na dependência do êxito, de vez que nasce essa prerrogativa do só cumprimento da obrigação contratada, qual seja, realização dos serviços que tem natureza aleatória.**

O art. 98 da Lai nº 4.215/63, consegra, que, ressalveda a hipótese de ajuste ascrito diverso, os honorários devam ser pagos: um terço (1/3), no início; outro tanto atá à sentença de 1ª instância; o saldo na decisão final. A juntada aos autos do contrato de honorários, antes do lavantamento dos valores ou do precatório – art. 99 –, garante ao advogado o direito de haver "diretamente por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte", (grifei) o correspondente valor.

Assim, o devedor dos honorários do advogado não é o vencido, mas squele qua contratou os serviços desse profissional. Tais honorários não sa condicionam ao valor da condenação mas ao ajustado entre o sdvogado e seu constituinte.

. . . . . .

Ademais, a Lei nº 4.215/63, como já assinalado, prevê e autoriza so advogado contratar com ampla liberdade seus honorários, constituindo-se, da conseguinte, os preceitos nela consagrados simplas ordenamentos dispositivos. O Advogado do Poder Público (não importa o nome com que se o identifique: Consultor Jurídico, Advogado de Ofício, Procursdor), com a invastidura, cria uma relação jurídico-estatutária e não-contratual, fazendo incidir nessa relação obrigatoriamente o conjunto de disposiçõas próprias da clasee, que são cogentes, e sfastando a hipótesa da splicação de normas dispositivas."

10. Concretamente, examinando hipótese análoga, sustentou o primeiro:

Questione-se, nesse processo, sobre o destino a ser dado à verba honorários fruto de condenação judicial. Deseja-se saber, antão, que dastino dar à importância em dinheiro que o vencido na causa é obrigado a dispender, em favor do vencedor, nos termos da lei da sucumbência.

Dantro dos princípios postos, não temos dúvids em antender que tsl condanação destina-se à parte vencedora a não ao seu advogedo. Sem dúvida, esta é a única orientação a ser tomada, diante das ragras sufragadss pelo nosso direito.

. . . . . .

No caso objeto da consulta, os procuradores judiciais são funcionários do Estado, remunerados pelo Estado pars lhe prestarem os seus serviços profissionais de advogados. Os seus honorários, em razão disso, sa traduzem em um pagamento mensal certo, dacorrente da relsção astatutáris, relação de direito público existente entre o funcionário e a pessoa jurídice de direito público. Tais vencimentos não se constituem em um mínimo, mas sim em importância certa, pré-estabelecida em lei e nede autoriza a que esses funcionários, por prestarem serviços especisis decorrentes da sua profissão – mas que só em razão dala é que se vinculam ao Estsdo – venham a somar aos seus vencimentos outras parcelas."

11. Em obra de recentíssima edição, cuidou YUSSEF SAID CAHALI do chamado **direito autônomo** do advogado aos honorarios da condenação, reconhecendo a pertença do crédito por honorários da sucumbência originariamente à parte vencedora, e a natureza derivado do direito do advogado.

"Na realidade, embora o Estatuto da Ordem essegure ao advogado direito autônomo para axecutar a sentença na parte relativa aos honorários fixados na condenaçõo, podendo, inclusive, requerer a sua dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte através de levantamento ou precatório, a autonomia desse direito diz apenas com a via para a realizaçao do credito por honorários. Este crédito, porám, pertence originariamente ao vancedor, ponto a respeito do quel não pode remanescar dúvide, a teor do art. 20 do Código de Processo Civil. Dassa direito originário do cliente vencedor é que resulta, por derivação o direito do advogado, seja am razão da cessio juris, seja em razão da expropriação ou transferência compulsóris a seu fsvor. Direito autônomo, mas nêo originário, aquala autonomis pertine aos meios de axecução do crédito cedido ou transferido, o que lsgitima, aliás, s intervenção do advogedo na ceusa, a qua se insere como psrte, nos limitas da pretensão própria objeto da cessão ou transferência. Direito sutônomo qusnto à forma processual de seu exercício, mas derivedo ou originado do direito da parte vencadora titular do crédito originário transferido" (CAHALI, YUSSEF SAID. Honorários Advocatícios, São Peulo, Ed. Ravists dos Tribunsis, 1978, p. 343).

12. Não discrepa desse entendimento RUY CIRNE LIMA, ensinando, com a habitual erudição:

"Tsxados, embora, como custas, – pera serem, nessa quantidade, restituídos ao vencedor na lide, – os salários dos advogados, nem por isso, se desnaturam, de sorte a perderem o seu particular caráter de remuneração "ex contractu", devida pelo mandante ao mandatário.

. . . . . .

A opinião aceita e corrente é a de que os advogados devem reclamar os salários legalmente taxados ou convencionalmante estipulados, aos respectivos constituintes.

. . . . . .

De conformidade com essa ragra (e salvo convenção em contrário), as custas, contadss em juízo aos advogados, cabem aos respectivos constituintes.

. . . . . .

A parta, pois, a nõo o advogsdo, tem direito às custas, a este contadas". (CIRNE LIMA, RUY, Paraceres (Direito Público). PORTO ALEGRE, Sulina, 1963, p. 149 e seguintes).

13. Não debilita a tese, antes a robustece, a recente apresentação na Câmara dos Deputados do Projeto-de-Lei nº 5.439, de 1978, do Deputado JOSÉ BONIFÁCIO NETO, que atribui os honorários advocatícios da sucumbência aos procuradores do poder público. O projeto dispõe em seu artigo 1º:

"Os honorários de advogado fixados nas causas em que tiverem sido vencedores a União, os Estados ou os Municípios e respectivas autarquias, caberão a todos os que tenham por função a representação judicial da entidade."

14. O princípio legal da sucumbência não confere, portanto, ao advogado o direito de haver para si a verba de honorários da condenação judicial da parte vencida: os honorários da sucumbência tocam à parte vencedora, não a seu procurador. Esta regra, de aplicação generalizada, e que também alcança o procurador da pessoa jurídica de direito público, adquire nova feição neste último caso, em face das peculiaridades da relação jurídica estatutária, como visto acima. Ademais, a despeito do que sustenta o interessado, em seu requerimento à Municipalidade de Bagé, o entendimento aqui exposto não colide com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consubstanciada no anunciado nº 519 da Súmula, pois esta simplesmente reconhece a aplicabilidade do princípio da sucumbência ao processo de execução fiscal. Quando chamado a dirimir a questão aqui versada, o Supremo Tribunal Federal tem afirmado que os honorários da sucumbência "aproveitam, em princípio, à própria parte, não aos seus procuradores ou advogados" (RE 78.255. Relator: Min. THOMPSON FLORES, **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, (71): 861-64, mar. 1975). RODRIGUES ALKMIN, quando Desambargador do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Ora, se quem demanda sem razão deve pagar honorários ao vencedor, a vencedora no caso é a Fazenda Pública". (**Revista dos Tribunais**, São Paulo, (375): 146-49, jan. 1967). Também improcede a invocação pelo interessado de anteriores pronunciamentos da Consultoria-Geral do Estado, postos nos Pareceres 1006, 1007 e 1049, da antiga Unidade de Assistência Jurídica. Além de versarem nuclearmente outro tema, a saber da possibilidade da percepção de honorários advocatícios na execução fiscal por parte do procurador de entidade pública, em face do art. 196 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, eventuais referências colaterais noutro sentido encontram-se superadas pelo posicionamento adotado pelo Órgão Consultivo Constitucional do Estado do Rio Grande do Sul nos Pareceres 2421 e 2422, antes mencionados. E como repousa na parte vencedora a titularidade sobre os honorários da condenação, não há no art. 84 da Lei Orgânica Municipal qualquer ofensa às normas da legislação federal concernentes à verba honorária, seja as do Código de Processo Civil, seja as do Estatuto da Ordem dos Advogados.

15. Sa do próprio princípio da sucumbência não decorre a outorga ao advogado da parte vencedora dos honorários a que foi condenada a parte vencida, o **contrato** entra advogado e cliente pode prevar tal efeito, assim como a **lei** pode atribuir os honorários advocatícios da sucumbência ao procurador da pessoa jurídica de direito público. Nesse sentido, já decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 67.453-MG, Relator o Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTI – **Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília,** (5): 656-7, dez. 1969: "O destino a ser dado aos honorários compete a cada empresa ou entidade, podendo recolher-se aos seus cofres ou constituir parte dos honorários do próprio advogado na empresa a que serve". Cuida-se de faculdade de que dispõe o poder público, não tolhida pelo advento do art. 196 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

16. Entendo que a regra constitucional que vedava a participação dos servidores públicos no produto da arrecadação de tributos e multas, inclusive da dívida ativa, não impedia a percepção dos honorários advocatícios, frutos da sucumbência, por parte dos agentes encarregados da cobrança judicial da dívida ativa, a tanto autorizados por provimento legislativo. A vedação de que se cogita, introduzida pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, no art. 196, vedava aos servidores públicos participarem no produto da arrecadação de tributos e multas, inclusive da dívida ativa. A regra eliminou qualquer tipo de sociedade do servidor com o erário no que toca à arrecadação de tributos e multas, quer esses ingressos públicos se efetuassem nas formas e nos prazos normais, quer o recolhimento ocorresse após a inscrição do crédito tributário em dívida ativa, não fazendo a Constituição, nesta última hipótese, qualquer distinção entre cobrança amigável ou cobrança judicial da dívida ativa. Impadia-se a participação do servidor no produto da arrecadação de tributos e multas.

17. Buscou-se, com a regra constitucional, a abolição do chamado "moiety system", isto é, o sistema de meação, participação ou de quotas-partes dos servidores públicos no produto da arrecadação dos tributos e multas. Tal forma de remuneração, cujo objetivo era estimular a produtividade fiscal, revelou-se falha em sua aplicação, dando margem a excessos, ao permitir a preponderância do interesse pessoal e ao levar à criação de um clima de insegurança fiscal, totalmente contrário aos próprios interesses do Estado.

18. Não é demais referir que o sistema de participação é um anacronismo, extirpado da legislação dos povos mais desenvolvidos há quase cem anos. Como revela a Revista do Serviço Público, em artigo subordinado ao título **Abolição do "Moiety System" nos Estados Unidos,** publicado no seu volume I, de 1942, p. 77 e seguintes, o sistema consistia na outorga ao agente do fisco e ao seu informante da parte da receita cobrada, em recompensa da apuração ou da denúncia de fraude fiscal. O objetivo era estimular a denúncia. Em conseqüência, instalou-se no setor fazendário da administração pública um sistema de espionagem, extorsão e suborno, exercido em nome da lei, ficando o contribuinte submetido a um regime de terrorismo fiscal. Aplicando a lei não em benefício do Tesouro, mas em prol de suas ambições pessoais, os agentes fiscais impunham multas sem fundamento, exagaravam infrações, cominavam penalidades pelo mais inocente erro ou discrepância. Os maleficios provocados pelo sistema podem ser assim sumariados: a) é um meio de incitamento e estímulo à cobiça dos funcionários públicos; b) é um instrumento de corrupção política; c) é um processo de terrorismo fiscal contra cidadãos honestos e bem intencionados; d) é um sistema contraproducente de promover a fiscalização da arrecadação pública.

O clamor público, que então se fez ouvir, exigiu a constituição de duas comissões de inquérito no Congresso norte-americano, que revelaram inúmeros casos em que comerciantes inocentes e bem intencionados foram multados com requintes de astúcia e malandragem, em proveito quase exclusivo dos participantes das multas. Ganhou notoriedade então, e escandalizou a opinião pública norte-americana e mundial, o caso de PHELPS, DODGE & CO., firma que, por ter deixado de pagar 1.164 dólares de imposto em conseqüência de mero erro técnico de contabilidade, foi ameaçada com a aplicação da multa de um milhão de dólares,

e coagida a transigir com o pagamento de nada menos do que 271.000 dólares. Através de lei de 1887, os Estados Unidos aboliram o sistema de participação dos servidores no produto de arrecadação.

19. Contra este sistema de meação do servidor público no produto da arrecadação de tributos e multas, originados de sua própria atuação funcional, se voltou a norma constitucional. Seu endereço subjetivo primeiro foi o servidor fazendário, seja dos quadros da fiscalização, seja dos quadros da arrecadação. Havia que garantir-lhes a mais absoluta imparcialidade em sua atuação, sujeita ao contato direto com o contribuinte. Objetivamente, vedou-se a participação no produto da arrecadação de tributos e multas, inclusive da dívida ativa. O direito tributário brasileiro possui noções muito exatas, legais até, de tributo (CTN, art. 3º), de multa (CTN, art. 113, §§ 2º e 3º) e da dívida ativa (CTN, art. 201), às quais não pode ser de forma alguma assimilada a noção de honorários advocatícios.

20. Os Tribunais pátrios têm abonado esta posição. Voto proferido pelo Ministro PEDRO SOARES MUÑOZ, quando integrante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assinalava:

> **"A vedação imposta no art. 196 da Constituição da República não incide sobre os 20% da comissão de cobrança, dada a sua natureza substitutiva da verba de honorários de advogado e demais despesas processuais decorrentes do princípio da sucumbência (...)" (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, (28): 191-94, 1971).**

21. Em despachos prolatados em pedidos de recurso extraordinário, pronunciaram-se no mesmo sentido de que a Lei Maior proíbe a participação em valor de tributos ou de multas fiscais, créditos pecuniários que dão origem à dívida ativa, não porém em acréscimo remuneratórios do trabalho profissional, que não saem das multas, nem dos tributos, o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal de Alçada de São Paulo (GANDOLFO, ORLANDO CARLOS. Constitucionalidade da Participação dos Procuradores do Estado na Verba Advocatícia. **Revista de Direito Público,** São Paulo, (19): 141-53, jan/mar. 1972).

22. O Supremo intérprete da Constituição, aliás, já submeteu a norma contida no art. 196 da Constituição ao crivo de sua fundamentada análise, deixando assentado:

> **"O art. 196 da Constituição Federal, texto de 1969, proíbe categoricamente a participação de servidores públicos no produto da arrecadação da dívida ativa. É conseqüência, atá por sua expressão literal, que, na vigência desse preceito constitucional, os recolhimentos de tributos e multas não mais estão sujeitos à quota-psrte.**
>
> . . . . . .
>
> **É uma proibição completa e total, usando o texto, inclusive, linguagem semelhante à que foi empregada na própria Constituição, a propósito da proibição de acumulação remunerada.**
>
> . . . . . .
>
> **(...) conheço do recurso e lhe dou provimento para cassar a segurança, a fim de que se cumpra o preceito imperativo e incondicionado do art. 196**

da Emends Constitucional nº 1/69, que veda a participação de servidores públicos no produto da arrecadação de tributos e multas, inclusive da dívida ativa.

. . . . . .

A mesma Carta, de forma terminante, radical, precisa e categórica, em seu art. 196, deu fim à participação das quotas-partes atá então atribuídas aos recorridos". (RE 84.870, Relator: Ministro CORDEIRO GUERRA. Revista de Diraito Administrativo, Rio de Janeiro, (130): 136-43, out./dez. 1977).

"O que a norma constitucional proíbe é que se atribua ao servidor público o direito da recolher da raceita arrecadada parte determinada daquilo que tiver entrado para o erário am razão direta do trabalho desenvolvido pelo sgente administretivo. Impede-se, conseguintemente. nessa norma constitucional, que se assegure ao agente fiscal porção determinada do tributo que, por força imediata do seu labor, entre para os-cofres públicos. Se lhe fosse dedo embolssr, sob asse título, fração da receita, fração correspondente à parcela arracadada, diretamente ou não, em conseqüência da tarefa fiscalizadora, realizar-se-ia, indubitavelmente, aquilo que o art. 196, de modo terminante, vetou.

O regime de participação, a qua se opôs esse preceito constitucional, era marcado por dois traços fundamentais: garantia-se, de um lado, ao agente fiscal, o direito a porcentsgem sobre a arracadação de rendas tributárias, e atribuia-se-lhe, por outro lado, percentual, que atingia, em certos casos, o índice de até 50% sobre o produto de multas por elé impostas. Quer num, quer noutro caso, participava o agente fiscal de maneira inequívoca, do produto da arrecadação tributária: sobre a sua totalidade, na primeira hipótese; sobre parte dela, na segunda.

Contra esse sistema da remuneração foi que se levantou o art. 196, ao vedar, como está nss suas próprias palavras, a "participação de servidores públicos no produto da arrecadsção da tributos e multas, inclusive da dívida ativa". É claro que essa proibição cai sobre toda e qualquer participação, direta ou indireta, no produto da srrecadação de tributos e multas.

. . . . . .

Para examinar a eapécie, começo pela análise do art. 196 de Emenda Constitucional nº 1/69. Proíbe esta norma a participação de servidores públicos no produto da arrecadação de tributos e multas, inclusive da dívida ativa. Cumpre ver o alcance da norma e o fim a que visa. Ora, é de conhecimento geral o sistema anteriormente adotado por legislações fiscais da aquinhoarem, percentualmenta, os agentes que levantassem tributos não recolhidos ou recolhidos a menor e autuassem infratores, com o produto dessa arrecadação; e da estimularem a cobrança da dívida ativa com igual benefício aos que da promovê-la tivessem o encargo.

Ao legislador constituinte pareceu bem impedir eases favores, que podiam soar como danosos à própria dignidada funcional – como se,

para que se houvessem com exação no exercício de funções públicas, devessem os servidores associar-se às rendas que buscassem trazer ao fisco.

Foi esta, sem dúvida a finalidade da norma: impedir que o servidor agisse não pelo só cumprimento do dever, mas pelo interesse de associar-se ao rendimento de sua atividade funcional e de participar do produto da arrecadação de tributos, multas ou da dívida ativa.

. . . . . .

Vejo no art. 196 da Constituição uma radical oposição ao regime até então imperante.

Encontro no preceito inspiração para prevenir qualquer gênero de associação do servidor na arrecadação de tributos e multas.

O engenho humano buscaria formas indiretas e oblíquas para contrariar o preceito. Todos os artifícios devem ser coibidos.

O servidor deve ser pago pelo trabalho que lhe foi atribuído, e não seria econselhável atribuir-lhe gratificação outra para aquele fim. É de seu dever exercê-lo." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 904. Procurador-Geral da República, por solicitação do Sindicato da Indústria da Condutores Elétricos, Trefilação e Laminação do Estado de São Paulo – SICETEL versus Assembléia Legislativa e Governador do Estado de São Paulo. Relator: Ministro CORDEIRO GUERRA. 1º de junho de 1977).

23. Percebe-se, assim, que o texto do art. 196 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, não era obstáculo a que lei local atribuísse os honorários advocatícios havidos na execução fiscal ao procurador da pessoa jurídica de direito público. E quando o advento da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, suprimiu do texto do art. 196 a expressão "inclusive da dívida ativa", abriu-se ensejo a que os agentes encerregados da cobrança da dívida ativa administrativa (funcionários fazendários dos órgãos da arrecadação) e da judicial (escrivães, oficiais de justiça) voltassem a participar do produto da arrecadação que promovem.

24. Vale repisar, que, não alcançada pela proibição do art. 196 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, a percepção de honorários advocetícios, por parte do procurador judicial da pessoa jurídica de direito público, precisa ser autorizade por lei.

À falta de lei local autorizatória, a verba da sucumbência há de ser recolhida aos cofres públicos.

25. Finalmente, entendo que nada obsta a percepção do denominado salério-produtividade pelo procurador jurídico do Município consulente, no limitado período de vigência da lei que o autorizou. O salário-produtividade foi instituído no Município de Bagé pela Lei nº 1.725, de 14 de junho de 1973, para os servidores exercentes de trabalho de natureza profissional. O parágrafo 1º do art. 3º daquele Lei relacionou as funções cujo exercício considerava trabalho de natureza profissional, não incluindo nesse rol o Procurador Jurídico do Município. O

parágrafo 2º do art. 3º limitave a vigência do salário-produtividade a 31 de dezembro de 1974. A Lei nº 1.795, de 18 de dezembro de 1974, veio e considerar o desempenho do cargo de Procurador Jurídico do Município como trabalho de natureza profissional, prorrogando a vigência do salário-produtividade até 31 de dezembro de 1975. O salário-produtividade devido ao Procurador Jurídico do Município foi regulementado pelo Decreto nº 266, de 23 de dezembro de 1974, que previu a atribuição ao Procurador Jurídico do Município de importência correspondente a 20% (vinte por cento) do valor total das ações judiciais em que for parte a Prefeitura Municipal, especialmente as referentes à cobrança dos débitos fiscais. O pagamento seria feito trimestralmente, as importâncias seriam apuradas mediante fotocópie da conta geral dos respectivos autos, feita pelo Contador Judicial, e havia que respeitar o teto de três vezes o vencimento do cargo.

26. O decreto revela evidentes falhas técnices. A base de cálculo do índice de 20% (vinte por cento) devido ao Procurador Jurídico do Município seria "o valor totel das eções judiciais em que for parte a Prefeitura, especialmente as referentes à cobrança dos débitos fisceis". Qual o sentido do advérbio especialmente? Haveria casos em que as ações judiciais não referentes à cobrança de débitos fiscais esteriam excluídas da bese de cálculo do salário-produtividade? Quais? Interessaria para base de cálculo o valor total das ações judiciais em que a Prefeitura fosse parte, ou apenas o valor total das ações judiciais em que Prefeitura fosse parte **vencedora**? A dúvida é angustiante, pois o texto refere o valor total des ações judiciais em que for perte a Prefeitura, mas se ai estivessem incluídas as ações em que a Prefeitura fosse vencida, onde o incentivo à produtividade? Então, a partir da própria noção de salário-produtividade, e da referência que se faz à apuração das importâncias através da conta geral dos autos, entendo que a sua base de cálculo seja o valor total das ações em que a Municipalidade seja parte vencedora.

27. O parecer se posiciona então no sentido de que: a) a condenação em honorários advocatícios se faz em prol da parte vencedora, não a favor de seu advogado; por via de conseqüência, os honorários da sucumbência pertencem ao Município, não a seu Procurador; b) não há obstáculo constitucional à percepção de honorários de advogado por parte do Procurador Jurídico na execução fiscal, ou seja, o art. 196 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, não impede a percepção de honorários advocatícios pelo procurador da pessoa jurídica de direito público na cobrança da dívida ativa; c) o funcionário público, com encargo de procuratório judicial, não faz jus a honorários de advogado, a não ser que a lei locel assim disponha, isto é, o Município pode destinar o produto da verba advocatícia aos seus procuradores, mas se quiser fazê-lo, deve editar norma legislativa; d) é legítima e percepção do salário-produtividade previsto em lei, e no período de sua vigência, a ser calculedo sobre es ações em que o Município tenha sido parte vencedora.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 21 de novembro de 1978.

ISENÇÃO DA TAXA RODOVIÁRIA ÚNICA

MAURÍCIO AZEVEDO MORAES
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 3984

TAXA RODOVIÁRIA ÚNICA. Isenção. Somente a União tem competência para conceder isenções desse tributo.

Examinando a legislação referente à Taxa Rodoviária Única (TRU), conclui o Parecer nº 21/78, da Corregedora Policial, da Secretaria da Segurança Pública, que compete à União Federal conceder isenções da mencionada taxa, devendo expedir um **"certificado de isenção"**, que será apresentado ao órgão de trânsito local – DETRAN –, o qual, reconhecendo a isenção, providenciará no registro e licenciamento do veículo, sem exigir o comprovante do pagamento do tributo (TRU).

A Assessoria Técnica do DETRAN local discordou do Parecer 21/78, entendendo, em resumo, que não mais existe o **"certificado de isenção"**, e que cabe ao órgão de trânsito estadual o reconhecimento ou a concessão da isenção, através de despacho no requerimento do interessado, de acordo com o art. 179, do Código Tributário Nacional.

Diante dessa divergência, solicita o Excelentíssimo Senhor Secretário da Segurança Pública a manifestação da Consultoria-Geral do Estado, **"referentemente à competência para a concessão da isenção do pagamento da Taxa Rodoviária Única".**

É o relatório.

2. O Decreto-Lei 999, de 21 de outubro de 1969, que instituiu a Taxa Rodoviária Única, isentou de seu pagamento várias entidades e pessoas, ao mesmo tempo em que determinava que o recolhimento da taxa criada deveria ser feito pelos Estados, Territórios e Distrito Federal. Por sua vez, o Decreto nº 68.296, de 26 de fevereiro de 1971, que regulamentou o Decreto-Lei 999, estabeleceu, em seu artigo 7º, § 2º:

> **"As isenções de que trata este artigo, serão reconhecidas pelos órgãos arrecadadores dos Estados, Territórios e do Distrito Federal, mediante a expedição ao proprietário, de um certificado de isenção."**

Posteriormente, através do Decreto-Lei nº 1.242, de 30 de outubro de 1972, foi modificada a forma de pagamento da TRU, que passou a ser recolhida pela rede arrecadadora de tributos federais (bancos autorizados), e não mais pelos órgãos arrecadadores dos Estados, Territórios e Distrito Federal. Por sua vez, determinou o Decreto 71.824, de 7 de fevereiro de 1973, em seu artigo 2º, que:

"As isenções de que trata o artigo 3º do Decreto-Lei 999, de 21 de outubro de 1969, serão reconhecidas palos órgãos de trânsito dos Estados, Territórios e Distrito Federal."

3. Isenção só por lei pode ser concedida (artigos 97, VI, 175 e 176, do Código Tributário Nacional). É a regra geral, excepcionada no que se refere às isenções do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, concedidas através de convênios celebrados entre os Estados (Constituição Federal, art. 23, § 6º, e Lei Complementar 24, de 7 de janeiro de 1975).

A concessão de isenção de tributos é ato do poder competente para decretá-los (BALEEIRO, ALIOMAR. **Direito Tributário Brasileiro**, 8ª ed., Rio Forense, 1976, p. 537; FANUCHI, FÁBIO. **Curao de Direito Tributário Brasileiro.** 3ª ed., São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1975, v. I, p. 368). No mesmo sentido manifestam-se HELY LOPES MEIRELLES, GERALDO ATALIBA, RUY BARBOSA NOGUEIRA e BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, citados por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (**Isenções Tributárias**. São Paulo, Sugestões Literárias, 1969, p. 234-35). Assim, somente a entidade pública que possui o poder fiscal de instituir o tributo tem competência para conceder isenções.

O princípio de que o poder competente para tributar é o competente para isentar admite uma única exceção, em favor da União. Em casos especiais, e mediante lei complementar, poderá a União conceder isenções de **impostoa** estaduais e municipais (Constituição Federal, art. 19, § 2º). Essa competência outorgada à União alcança apenas os impostos, jamais outros tributos.

4. Conseqüentemente, somente a União tem competência para conceder isenções da Taxa Rodoviária Única, instituída por legislação federal (Decreto-Lei 999/69).

É mister, por outro lado, distinguir concessão (instituição, criação) de isenção, que em regra só pode ser feita pelo poder competente para instituir o tributo, com o reconhecimento da isenção pela autoridade administrativa, verificadas as condições previstas na norma legal (Código Tributário Nacional, art. 179), que é ato meramente declaratório, e não constitutivo da isenção. Pode-se dizer que o ato de reconhecimento torna eficaz a isenção já existente.

5. Diante do exposto, respondo à consulta:

a) sendo a Taxa Rodoviária Única um tributo federal, não pode o Estado conceder isenções;
b) ao DETRAN cabe apenas reconhecer a isenção da TRU, depois de verificar se os beneficiários do favor fiscal preenchem as condições previstas no Decreto-Lei 999/69, art. 3º;
c) não é necessária a expedição de **"certificado de isenção".**

PORTO ALEGRE, 29 de dezembro de 1978.

TAXA DE CALÇAMENTO

JACQUES TÁVORA ALFONSIN
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4091

TAXA DE CALÇAMENTO.

As administrações municipais podem cobrar contribuição de melhoria para pagamento de despesas com o calçamento de vias públicas. Não há impedimento, porém, para a chamada taxa de calçamento, ou de pavimentação, pela maior simplicidade de sua base de cálculo, veicular arrecadação tributária com o mesmo objetivo. Interpretação atualizada da "Súmula" 129 do STF.

A PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANTÔNIO DA PATRULHA, visando ao retorno de despesas efetivadas com obras e serviços públicos planejados, encaminha consulta sobre qual tributo deve cobrar dos proprietários de imóveis localizados em uma avenida que deverá ser coberta com uma camada de asfalto de cinco centímetros, mais os passeios e meios-fios.

1) A RESPOSTA COMPORTA ALTERNATIVA:
TAXA E/OU CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. DÚVIDAS ACENTUADAS PELA PRÓPRIA HISTÓRIA BRASILEIRA DA ÚLTIMA.

O tipo de tributo a ser arrecadado dos munícipes pelo calçamento de via pública urbana, especialmente quanto à sua melhor adequação à Constituição Federal e ao CTN, facilidade de cálculo e cobrança, é questão ainda não pacificada entre os doutos e, mesmo, entre os Tribunais.

A dúvida se situa entre a contribuição de melhoria e a taxa, e a origem do debate, quem sabe, remonta, no direito brasileiro, ao ano de 1905, quando o Distrito Federal, pelo Decreto nº 1.029, fez a primeira imitação dos **special assessments** do direito norte-americano, instituindo as **taxas de calçamento** imediatamente acolhidas no resto do país, conforme noticia o Prof. GERALDO ATALIBA (**Natureza jurídica da contribuição de melhoria,** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1964, p. 194).

A confusão se estabeleceu de início com o batismo do tributo como **taxa** a ponto de o mesmo autor afirmar:

"Em meio a inúmeraa vicissitudes, este instituto híbrido, que reunia características da taxa e **da** contribuição de melhoria, **foi se desenvolvendo quantitativamente, como forma** de fazer participar os particulares na despesa **com a pavimentação de ruas. Nascida da tentativa de conciliação de exações completamente diferentes, trouxe a taxa de calçamento – e ainda traz – em sua esteira, um cortejo de injustiças, inaatiafaçõea e inauficiênciaa técnicas." (idem, p. 194, grifos do autor).**

A Constituição de 16 de julho de 1934 deu novo e solene passo na introdução da contribuição de melhoria; dispunha o art. 124:

> **"Provada a valorização do imóvel, por motivo de obras públicas, a administração, que aa tiver efetuado, poderá cobrer dos beneficiados contribuição da melhoria."**

A possibilidade de cobrança do tributo, portanto, ficou limitada às obras públicas, e à prova da valorização que as mesmas provocassem em relação aos imóveis. Detalhe importante, no caso: Alguns constituintes da época haviam oferecido um substitutivo, impondo a cobrança da contribuição no mesmo caso de valorização dos imóveis, mas "**por motivo de execução de um serviço público"... (GERALDO ATALIBA, ob. cit., p. 199).**

A Constituição de 10 de novembro de 1937 ignorou a contribuição de melhoria; a de 1946 ressuscitou-a no art. 30 inciso I **"quando se verificar valorização do imóvel, em conseqüência de obras públices".** A Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, em seu artigo 19, detalhou os seus limites, e já um ano e pouco depois voltava-se à sua disciplina, na Constituição de 24 de janeiro de 1967, art. 19, inciso III, mas, ao contrário da Emenda 18, o § 3º daquele mesmo artigo delegava à lei fixar os critérios, os limites e a forma da sua cobrança, requisitando, apenas, o custo da obra pública como balisa além da qual não poderia ir o total da sua arrecadação.

Finalmente, o vigente artigo 18 inciso II da Emenda Constitucional nº1, de 17 de outubro de 1969, reproduz, com quase as mesmas palavras, o que dispunha o art. 19 da Emenda nº18, à Constituição de 1946 (1º de dezembro de 1965).

> **Artigo 18 – Além dos impoatos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir:**
>
> **I – Taxas...**
>
> **II – Contribuição de melhorie, arrecadada dos proprietários de imoveis valorizados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada, e como limite individual o acréscimo de velor que de obra resulter para cada imóvel beneficiedo."**

Não é de admirar, assim, que a indecisão do legislador constituinte tenha estendido a sua perplexidade, até hoje, sobre os intérpretes e os julgadores.

2) OBRA E/OU SERVIÇO PÚBLICO. EXISTÊNCIA OU NÃO DE VALORIZAÇÃO DOS IMÓVEIS SITUADOS NA ZONA DE INFLUÊNCIA. CRITÉRIOS DE PREFERÊNCIA PELA TAXA OU PELA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA.

RUY CIRNE LIMA, já na análise do art. 30, parágrafo único, da Constituição de 1946 (limites de cobrança da contribuição de melhoria, até hoje repetidos) via a

taxa como **"lato sensu"** a mesma contribuição de melhoria, em parecer datado de 25 de novembro de 1950. Baseado em doutrina argentina (JUAN CARLOS LUQUI) ele aponta o discrime entre uma e outra apenas em razão de que, para a cobrança da primeira, **"a consideração do serviço público é essencial, enquanto que para a cobrança da segunda besta existe o benefício, com total prescendimento do serviço".... (Pareceres, Direito Público, Porto Alegre, Sulina, 1963, p. 88; grifos nossos).**

PONTES DE MIRANDA, comentando a emenda nº1, de 1969, também não exclui o serviço público como passível de ser pago com contribuição de melhoria:

> **"Terceira forma, não pura, de imposição pública é a** contribuição, **que constitui a parte com que entra o contribuinte para a criação ou mantença de serviço público (ruas, serviço de seguro contra incêndio). A lei tem de indicar como contribuintes as pessoas mais interessadas, patrimonialmente, nas obras ou serviços (e.g., moradores de uma rua, proprietários dos terrenos ou prédios marginais de um rio, trabalhadores de determinada zona palustre onde se fundou a caixa de seguros de doença). A** Contribuição **seria terceira espécie, que se forma com o conceito de imposto ou com o de taxa, de modo que é** tributo especial, **uma vez que, com ele, se supõe ter havido, haver ou ir haver vantagem econômica particular do contribuinte, ou estar nele a causa de despesa ou majoração de despesas do Estado".** (Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969, **2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, págs. 362/363; grifos do autor).**

Em relação ao problema do calçamento, objeto mesmo da consulta, o renomado jurista não hesita em afirmar:

> **"As taxas de calçamento não são** sempre **contribuição de melhoria, no sentido do art. 18, II, da Constituição de 1967. As leis do tipo 'o custo será cobredo aos proprietários por metro de frente' são leis de taxa e não de contribuição de melhoria." (idem, p. 378; grifo do autor).**
>
> **"Os autores que intentam distinguir as** taxas **e as** contribuições de melhoria, **como E.R.A. SELIGMAN, apenas conseguem mostrar que há taxas que não são contribuições de melhoria."**
>
> **"(...) O argumento de que a taxa diz respeito a serviço público qualquer, e a contribuição de melhoria à obra, também nada consegue. A contribuição de melhoria concerne à obra, mas a mesma obra pode ser objeto de taxa, sem aparecer a consideração da melhoria ou valorização." (idem, p. 379; grifos do autor).**

Aliás, a respeito da possibilidade de a própria obra pública, mesmo o calçamento de uma rua, deixar de provocar valorização, GERALDO ATALIBA fornece até um exemplo:

> "Num bairro em decadência, a pavimentação pode refletir-se nos prédios lindeiros, beneficamente, sem, entretanto, trazer-lhes aumento

de valor. Serve a obra para impedir sua depreciação, para deter a desvalorização, mas, não chega a lhe acrescentar nada. (ob. cit., p. 188; grifos do autor).

A preferência do Professor GERALDO ATALIBA pela taxa, como forma de cobrança de pavimentação de rua, e a visao dessa como serviço, ficam bem claras na sua argumentação:

> **Embora seja a contribuição de melhoria forma de fazer os proprietérios, direta e especialmente beneficiados por obres públicas, participarem no seu custeio, é ele, em essência, tributo sobre a meis valia. A taxa de pavimentação, pelo contrário, é forma de** remuneração **do serviço de pavimentação. Portanto, há ocasiões em que é mais conveniente cobrar-se esta taxa, ao invés de exigir-se contribuição de melhoria, porqua taxa cabe sempre que há o serviço e contribuição de melhoria só quando haja valorização, e na medida desta". (idem, p. 187/188).**

Está se sublinhando, nesse trabalho, a compreensão de vários mestres a respeito da pavimentação de via pública também como serviço, e não exclusivamente como obra, para que melhor se fundamente a alternativa que se oferece à administração pública quanto à possibilidade de tal tipo de despesa ser coberta, também, pela taxa, como a esmagadora maioria das administrações municipais do país tem preferido, e não, exclusivamente, através da contribuição de melhoria. Tel preocupação se justifica pelo fato de que, tanto a disciplina constitucional (artigo 18 incisos I **e** II), quanto a do CTN (artigos 77 e 81) preferem a taxa para remuneração de serviço e a contribuição de melhoria para a remuneração da valorização do imóvel beneficiado pela obra pública.

As duas leis que intentaram fazer valer a contribuição de melhoria entre nós, porém, (Lei nº 854, de 10 de outubro de 1949, e Decreto-Lei 195, de 24 de fevereiro de 1967, o segundo revogador da primeira), disciplinaram a imposição da contribuição de melhoria tão casuisticamente, que já houve suspeita de terem, pelo menos o Decreto-Lei, pretendido o mesmo nível da norma geral de direito tributário, igual ao do CTN, (ARZUA, Heron, Considerações em torno da contribuição de melhoria, Revista de Direito Tributário, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, out., dez. 1977, 2: 188) ameaçando a própria competência legislativo-tributária dos Estados e municípios, reservada no art. 18 da Constituição Federal Admitiram a cobrança da contribuição de melhoria também para remunerar serviços e não somente obras . . . Isso é visível, no primeiro Diploma, quando ele repete, nos §§ 1º e 3º do art. 4º, casos de isenção e redução no valor do tributo para os **"usuários da instalação ou serviço"**; já no Decreto-Lei 195 os mais elementares serviços públicos podem ser remunerados pela contribuição de melhoria: **"serviços e obras de abastecimento de água potável, esgotos, instalações de rede elétricas, telefônicas, transportes e comunicações em geral ou de suprimento de gás, funiculares, ascensores e instalações de comodidade pública" (art. 2º, inciso IV).**

Entretanto, a Constituição de 1946, sob a qual foi promulgada a Lei 854, reservava no art. 30, inciso I, a cobrança da contribuição de melhoria, quando se verificasse **"valorização do imóvel, em conseqüência de obras públicas".**

A Constituição de 1967, sob cuja vigência veio a lume o Decreto-Lei 195, ainda em vigor, previa, no inciso II do art. 19, a remuneração dos **aerviços** através das taxas, e, no inciso III do mesmo artigo, a cobrança da contribuição de melhoria dos proprietários de imóveis valorizados por **obres** públicas. Com pequenas diferenças, essa situação foi mantida pela Emenda nº 1 (um) de outubro de 1969, no artigo 18.

Haveria inconstitucionalidade, então, viciando o inciso IV, do artigo 2º, do Decreto-Lei 195, de 24 de fevereiro de 1967, acima lembrado, por remunerar serviços com contribuiçao de melhoria? E haveria inconstitucionalidade de todas essas leis que instituem taxas sobre atividades públicas mais próximas da obra do que do serviço?

Embora a falta de acuidade técnica do legislador tenha marcado a separação dos dois tributos, desde as primeiras leis, aqui no Brasil, como acima ficou lembrado, existe possibilidade de convalescença dessas leis, não somente quando a contribuição de melhoria é vista como simples espécie de taxa (RUI CIRNE LIMA e PONTES DE MIRANDA), como também quando a possível diferença entre os dois tributos escape da simples classificaçêo obra-serviço público, e desça à verificação direta dos fatos geradores. Se o critério norteador da lei tributária foi o da mais valia, da valorização acrescida aos imóveis beneficiados pela atividade da administração pública, ainda que de taxa trate a mesma lei, é válido concluir que o tributo por ela cobrado é contribuição de melhoria e não taxa; nesse caso, se a antinomia, que ela revelar, for de tal ordem que impossibilite sua adequação à sistemática tributária da Constituição, nem mesmo poderá sobreviver. O saudoso Ministro ALIOMAR BALEEIRO lembra nada menos do que quatro acórdãos do Supremo Tribunal Federal fulminando taxas de pavimentação instituídas por administrações municipais (Curitiba, Caçapava, Abaeté e Vicente Dutra) porque encobriam **"o fato gerador da contribuição de melhoria sem o processo desta".** Direito Tributário Brasileiro, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 334).

À primeira vista, portanto, pareceria que o STF ignorava, em tais decisões, o próprio enunciado na **"Súmula" 129:**

> **"Na conformidade da legislação local, é legítima e cobrança de taxas de calçamento".**

Mas não. O que se veta é a taxa cobrando a mais valia dos imóveis beneficiados pela atividade pública. Basta que o tributo respeite o simples **custo** de obra ou serviço contraprestado ao contribuinte, sem qualquer agravamento de encargo, para o particular, por conta do benefício que lhe trouxe a atividade estatal, e será perfeitamente possível arrecadar o tributo sob forma de taxa.

Quando menos, tal interpretação evita, embora não resolva, o impasse atualmente existente entre o Decreto-Lei 195, de 24 de fevereiro de 1967 e o próprio CTN, talvez o principal fator da esterilidade da contribuição de melhorie entre nós:

"O Código Tributário permite, como base de cálculo da contribuição de melhoria, a adoção do 'custo da obra' e 'outros critários' mais facilmente mensuráveis (art. 82, § 1º). Em 24 de fevereiro de 1967 é promulgsdo o Decreto-Lei 195, que dispõe sobre a cobrança da contribuição de melhoria para todo o país (embora não sendo lei complementar). Ao fazê-lo, procura alterar o Código Tributário Nacional erigindo a valorização imobiliária como critério básico para a cobrança do tributo (art. 3º). Tal fato veio dificultar a utilização da contribuição de melhoria. Em conseqüência, o Sarviço Federal de Habitação a Urbanismo (SERFHAU) a o Instituto Brasilairo de Administração (IBAM) realizaram um simpósio (Rio de Janeiro, 24 e 25 de novembro da 1967) o qual recomendou a "modificação da redação dos artigos 81 e 82 do Código Tributário Nacional, de modo a possibilitar o lançamento da contribuição de malhoria". Tal simpósio ofereceu, também, anteprojeto da lei complementar sobre a matária, o qual deu origem ao Projeto-de-Lei nº 8 do Senado Federal, apresentado pelo Senador NEY BRAGA, em 7 de fevereiro de 1968, propondo nova redação aos artigos 81 e 82 do Código Tributário Nacional". (MORAES, Bernardo Ribeiro de. Sistema Tributário da Constituição de 1969, São Paulo, Ed. Ravista dos Tribunaia, 1973, p. 240).

Não há notícia do destino desse projeto.

3) CONCLUSÃO

Como se vê, embora haja previsão legal para se cobrar despesas efetivadàs pelas administrações municipais no calçamento ou pavimentação de vias públicas, através da contribuição de melhoria, é possível que tal obra ou serviço seja coberta pela taxa.

Além de a última poder ser exigida compulsoriamente dos proprietários de imóveis não forçosamente valorizados por tais serviços e obras – excluindo-se discussão sobre elemento típico da contribuição de melhoria – dois outros fatores podem pesar, atualmente, em favor da taxa:

a) o fato de o Decreto-Lei 195, de 24 de fevereiro de 1967, até hoje **não ter sido regulamentado,** embora os seus artigos 3º, – sobre índices cadastrais da zona influenciada pela obra pública – e 7º, – sobre a impugnação que o particular pode fazer ao edital que publica as condições e outros elementos que comporão a contribuição, – nem poderem ser bem compreendidos sem o Regulamento prometido, e que deveria sair em noventa dias, segundo se lê no artigo 20. Tal fato, somado a todos aqueles inconvenientes apontados acima, por BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, desaconselha a opção pela contribuição de melhoria, pelo menos enquanto as leis pertinentes não se alinharem relativamente às hipóteses de incidência.

b) É evidente a maior facilidade que a base de cálculo da taxa oferece. Apurado o custo de execução do calçamento, meios-fios, passeios, conhecida a extensão da testada de cada imóvel que margeia a avenida onde os trabalhos da administração se realizam, tem a autoridade tributante, com base nesses simples

fatores de fácil mensuração, possibilidade de saber quanto deverá pagar cada contribuinte, reservando, ou não, para si própria, o encargo de arcar sozinha com percentual do custo total, se esse for muito alto, sem correr o risco de lançar o tributo sobre base de cálculo comum a qualquer outro imposto (artigo 18, § 2º da Constituição Federal, 77, parágrafo único CTN).

Resumindo-se: A PREFEITURA DE SANTO ANTÔNIO DA PATRULHA, pela execução dos serviços do asfaltamento e atividades complementares, pode cobrar dos proprietários de imóveis limítrofes à avenida asfaltada a taxa de pavimentação, precedida, é claro, da lei instituidora (artigos 19, I da C. F. e 97, I, CTN) que respeite os caracteres essenciais da taxa: a sua especificidade **tributária,** compulsória em relação aos munícipes, cujos prédios margeiam a avenida, a descrição exata das obras e/ou serviços que acompanham a execução do calçamento, a cobrança a ser feita jamais antes, ou no projeto do serviço ou obra, mas sempre à medida que eles, prontos, são postos à disposição do contribuinte para utilização efetiva ou potencial. Clareza quanto aos elementos que compõem a base de cálculo, para a qual pode ser tomada, como o fazem outras administrações municipais, a extensão das testadas dos prédios de propriedade dos sujeitos passivos. Previsão de que o montante a ser recolhido não ultrapasse o custo total das obras e/ou serviços, para se evitar que a taxa acabe disfarçando verdadeiro imposto. Nenhuma referência à valorização dos imóveis limítrofes à referida avenida, tudo no sentido de evitar confusão com a contribuição de melhoria.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 22 de junho de 1979.

FUNÇÃO DE ASSESSORAMENTO

JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER Nº 3945

ASSESSOR (AS). SUBSTITUIÇÃO.

Natureza especial da gratificação atribuída ao Assessor e atipicidade da função assim exercida pelo funcionário público ou por elemento estranho aos quadros da Administração Estadual.

Inconformidade do cargo de provimento em comissão (CC), da função gratificada (FG) e do Assessor (AS), legitimando-se apenas aos ocupantes das duas primeiras posições e substituição.

Roteiro legislativo e regulamentar versando sobre a designação de assessores.

Leis nºs 3.602/58, 4.937/65, 6.163/70 e 6.237/71, Decretos nºs 10.560/59, 17.294/65, 21.086/71, 21.239/71, 22.348/73 e 26.196/77. Pareceres nºs 97/65 e 2.312/73 ambos do ex-Gabinete de Assessoramento Jurídico desta Consultoria-Geral.

Da Subchefia para Assuntos Jurídicos e Legislativos chega a esta Consultoria-Geral solicitação de parecer normativo que oriente a Administração acerca da **"poasibilidade da designação da substituto, para os casos de impedimento legal ou temporário do servidor inveatido em funções de assassoramento – AS – na forma da Lei nº 6.437/65".**

Incluem-se, no expediente, minutas de atos ainda não referendados pelo Governador do Estado, elevando para AS-5 a gratificação atribuída a Comissário de Polícia, **"para exercar, em substituição, as funções de Assessoramento na Secretaria da Segurança Pública... nos impedimentos legais e eventuais do titular",** que é Oficial Administrativo, bem como elevando para AS-5 a gratificação mensal a este atribuída, e para AS-6 a que percebe um Major inativo da Aeronáutica, para o exercício de função de Assessor, na mesma Secretaria de Estado, **"com encargos da Direção da Divisão de Relações Públicas".**

Há, por igual, no processo, cópia do Diário Oficial de 25 de maio de 1978 contendo o ato de designação do referido Comissário de Polícia para substituir o também citado Oficial Administrativo, percebendo, o primeiro, a gratificação correspondente a AS-4, enquanto exercer a substituição do segundo. (Boletim nº 1.325/78-C.Civil).

2. O exame da questão, sem dúvida, não prescindirá do histórico legislativo e regulamentar em que se fundaram as normas jurídicas instituidoras da figura do Assessor (AS) ou dos que desempenham a denominada **"função de assessoramento"** na área da Administração do Estado.

3. Assim, a Lei nº 3.602, de 1º de dezembro de 1958, dispondo sobre a reorganização do Poder Executivo, constitui o marco inicial à análise do problema, oportunizando o estabelecimento da orientação normativa desejada pela autoridade consulente.

4. Prescreve, com efeito, esse diploma legal, promulgado pelo Presidente da Assembléia Estadual e vigorando a partir de 31 de janeiro de 1959, por força de norma expressa nele contida:

> **"Art. 6º – Para o desempenho de suas atribuições constitucionais, o Governador e os Secretários de Estado poderão ser assistidos, técnica ou administrativamente, por assessores, regulares ou eventuais, escolhidos livremente entre os servidores ou pessoas estranhas ao serviço público estadual.**
>
> **§ 1º – Para os casos previstos neste artigo fica instituído um regime de retribuição variável, segundo a natureza do serviço prestado.**
>
> **§ 2º – O Governador fixará em decrato, mediante proposta dos Secretários de Estado, quando for o caso, o valor da retribuição prevista no parágrafo 1º.**
>
> **§ 3º – Quando a designação recair em funcionário estadual, a retribuição adquirirá a forma de gratificação por trabalho de assessoria e em regime especial.**
>
> **§ 4º – Quando a designação receir em pessoa estranha ao serviço público obedecerá a forma de contrato ou poderá ser considerado serviço público relevante".**
>
> . . . . . .

5. Regulamentando essas prescrições, o Decreto RS nº 10.560, de 30 de junho de 1959, publicado no Diário Oficial de 3 de julho de 1959, retroagindo, porém, seus efeitos, a 1º de fevereiro desse mesmo ano, preceituava:

> **"Art. 1º – A designação de servidores, civis e militares, para o exercício das funções de assessor, na forma do art. 6º da Lei nº 3.602, de 1º de dezembro de 1958, obedecerá ao seguinte regime.**
>
> **a) – Os assessores serão classificados em:**
>
> **1) – Assessores técnicos com encargos de coordenação ou direção;**
>
> **2) – Assessores técnicos;**
>
> **3) – Assessores Administrativos com encargos de coordenação ou direção;**
>
> **4) – Assessores administrativos;**
>
> **b) – Os assessores serão designados por ato individual do Governador, no qual se especificará a função e a retribuição respectivas.**

> **c) – A retribuição dos assessores terá o caráter de gratificação de natureza especial e será fixada dentro das seguintes especificações:**
>
> **1) – Devem observar a classificação a seguir enumeradas: AS-1, AS-2, AS-3, etc.;**
>
> **2) – A classificação inicial (AS-1) será de Cr$ 5.000,00 mensais e as seguintes com acréscimos sucessivos de Cr$ 2.500,00.**
>
> **d) – O regime previsto neste Decreto é extensivo aos servidores públicos estranhos ao Estado, postos à sua disposição, com ou sem vencimentos.**
>
> **e) – O estudo e a elaboração de projetos e informações técnicas e a participação em grupos de trabalho poderão ser solicitados a assessores eventuais ou a servidores públicos, sem prejuízo de suas funções normais, mediante gratificação especial, fixada em cada caso, pelo Governador.**
>
> **Art. 2º – Poderão ser admitidos como assessores permanentes, mediante contrato, pessoas estranhas ao serviço público com vantagens estipuladas pelo Governador".**

6. Posteriormente, a Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, inovando a matéria, ordenou:

> **"Art. 49 – Para o desempenho de suas atribuições constitucionais, o Governador e os Secretários de Estado poderão ser assistidos por especialistas, civis e militares, que serão designados assessores, regulares ou eventuais, escolhidos livremente entre os servidores ou pessoas estranhas ao serviço público estadual.**
>
> **§ 1º – Para os casos previstos neste artigo, fica instituído um regime de retribuição variável segundo a natureza do serviço prestado dentro do limite mínimo, correspondente ao padrão FG-8, e máximo de seis vezes o valor desse padrão".**
>
> **§ 2º – Os assessores, quando servidores civis ou militares, serão designados por ato individual do Governador, no qual se especificará a função e a retribuição respective.**
>
> **§ 3º – Quando a designação recair em funcionário estadual, a retribuição adquirirá a forma de gratificação de natureza especial e, somada aos vencimentos e vantagens correspondentes ao cargo de provimento efetivo, não poderá ser superior ao limite fixado pelo artigo 54 desta Lei.**
>
> **§ 4º – Quando a designação recair em pessoa estranha ao serviço público, obedecerá à forma de contrato e o trabalho poderá ser considerado serviço público relevante.**

§ 5º – É fixado em 60 o número de assessores a que se refere este artigo, sendo feita a lotação nas repartições públicas por sto do Chefe do Podar Executivo".

Além de assim balizar a percepção do Assessor, o referido diploma prescreveu no § 3º, **in fine**, que o funcionário estadual designado para tais funções não poderia auferir "a **qualquer título, astipêndio superior ao do Governador do Estado**", consoante regra do art. 54 da lei em alusão, fixando, também, a teor do § 5º do art. 49, em sessenta, o número de assessores lotados, por ato do Governador, nas repartições estaduais.

7. Vedava, por seu turno, o art. 50, a designação como Assessor do funcionário ocupante de cargo em comissão ou função gratificada, revogando-se, finalmente, o art. 6º e parágrafos, da Lei nº 3.602/58.

8. Entretanto, as Leis nºs 6.163 e 6.237, de 31 de dezembro de 1970 e 23 de julho de 1971, ampliaram para cem e cento e dez, respectivamente, o número de assessores estabelecido no § 5º do art. 49 da Lei nº 4.937/65, de cuja distribuição cuidaram os Decretos nºs 21.086, de 3 de abril de 1971, e 21.239, de 6 de agosto de 1971.

9. Coube ao Decreto nº 17.294, de 11 de maio de 1965, regulamentar o Capítulo XIV – Das Substituições – do Título I, do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, no Quadro Geral dos Funcionários Públicos, Quadro dos Cargos am Comissão e Funções Gratificadas e Autarquias Estaduais.

Dispunha esse ato do Poder Executivo:

"Art. 9º – Os Sacretários de Estado e dirigentes dos Órgãos diretamente subordinados ao Governador encaminharão à aprovação dessa autoridade a relação dos substitutos para os cargos isolados de provimento em comissão, nos termos deste Decreto.

§ 1º – Os secretários de Estado e os dirigentes dos Órgãos diretamente subordinados ao Governador estabelecerão o rol dos indicados, em igual caráter, à substituição em função gratificada.

§ 2º – Além de se dever renovar, anualmente, a aprovação do quadro dos substitutos eventuais, ser-lhe-á, ainda, slterada a composição à medida que o aconselhar o interesse do serviço".

10. Cerca de oito anos depois, ou seja, a 31 de janeiro de 1973, o Decreto nº 22.348, assim estatuía:

"Art. 1º – O Caput do art. 7º do Decreto nº 17.294, de 14 de maio de 1965, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Far-se-á, previamente, nomeação ou designação de substituto para os casos de impedimento legal, ou temporário até 30 dias, dos ocupantas de csrgo de provimento em comissão ou de função gratificada".

11. E, finalmente, a 11 de novembro de 1977, a mando do Decreto nº 26.196, restaram revogados os §§ 1º e 2º do art. 9º do Decreto nº 17.294, de 11 de maio de 1965.

12. Pois bem. Esteiou-se o ato de designação do Comissário de Polícia de que tratam os autos – **"para exercer em substituição, as funções de Assessoramento, AS-4, nos impadimantos legais e eventuais do respectivo titular... Oficial Administrativo"** – precisamente nos três últimos citados decretos, como se vê no Boletim nº 1.325/78 – C. Civil, e, portanto, de modo inadequado, já que **não cogitam eles da substituição de Assessor (AS) e sim dos providos em cargos em comissão ou função gratificada.**

13. De fato, a conclusão segundo a qual **Assessor, cargo em comissão e função gratificsda não se identificam,** ficou assente no PARECER Nº 97/65 do antigo Gabinete de Assessoramento Jurídico desta Consultoria-Geral. Acentuou-se ali:

"É bem de ver, pois, que as posições "Ass", previstas no art. 49 da lei acima nomeada, constituem algo não caracterizável como cargo em comissão, ou como função gratificada, porque embora a semelhança em muitos aspectos, é relevante a diferença que provém do seu não-arrolamento entre as catagorias legais em que se incluem, a teor do art. 32 da Lei nº 4.937/65, ss comissões e as funções gratificadas. O abuso, outrora ocorrido com os "Ass", suscitou a regra acima aludida, limitadora das disponibilidades governamentais de "designar", e colocou em ser, na estrutura das atividades de serviço público, a "funçso da assessoramento", tal como é designada no art. 50, da Lei nº 4.937/65, onde, também, se faz a diversificação entre ela e o cargo em comissão, ou a função gratificada, assim:

"Art. 50 – O funcionário, enquanto ocupante de cargo em comissão ou função gratificada, não poderá ser designado para as funções de assessoramento, nos termos do art. 49".

Sendo assim, nem o art. 182 do Estatuto, nem a ragra de sua extensão à função gratificada, constante do art. 271 da mesma lei, são aplicáveis às posições previstas no art. 49 da Lei nº 4.937/65, pois que, para haver tal possibilidade, saria mistar dispositivo especial que o permitisse".

14. Não discrepando dessa orientação, e embora sustente a impossibilidade jurídica da convocação de servidor público efetivo em "função de Assessoramento" para regime especial de trabalho nos termos da Lei 6.486/72, o PARECER nº 2312/73, também do GAJ desta CGE, aprovado pelo Governador a 26 de abril de 1973, sublinhou:

"Pareca certo, portanto, pela análise feita dos seus componantes, que apesar das semelhanças que, por um lado, a aproximam do cargo em comissso e que, por outro, a ligam à função gratificada, é a função de

Assessor, dadas as suas singularidades, uma terceira categoria, um "tertium genus", reconhecido pelo direito administrativo estadual". (grifei).

15. Nessa linha de considerações, devido, por igual e fundamentalmente, à natureza especial de gratificá-la e à atipicidade da "função de assessoramento" – já que inconfundível com o cargo em comissão e a função gratificada – parece lícito concluir-se pela impraticabilidade jurídico-legal de dar-se substituto a quem designado para Assessor.

16. POR TODO O EXPOSTO, à míngua de norma legal permissiva, parecem, salvo melhor juízo, censuráveis os atos designatórios de substituto, nas hipóteses de impedimento de quem investido nas funções, regulares ou eventuais, de Assessor (AS), assim conceituados e disciplinados nas Leis nºs 3.602/58, 4.937/65 e ordenamentos posteriormente editados no plano da Administração Estadual.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 31 de outubro de 1978.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

MARISA GRASSI
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4.001

FUNCIONÁRIO PÚBLICO.
CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.
Funcionário em gozo de licença para tratar de interesses particulares ou funcionária casada licenciada para acompanhar o marido faz jus aos benefícios e serviços do IPERGS, ainda que não contribua para a receita da autarquia durante o período de afastamento.

A consulta, formulada pelo Senhor Presidente do IPERGS, é motivada em pedidos dos funcionários P. C. D., Exator, Classe "p", em exercício na Exatoria Estadual de Novo Hamburgo, e L. P. S., investigador de Polícia, lotada na 3ª Delegacia Regional de Polícia, em Santa Maria, que deram origem a expedientes onde os mesmos manifestam sua inconformidade com os descontos efetuados pela autarquia, relativos ao período em que estiveram afastados, o primeiro, em gozo de licença para tratamento de interesses, de 16 de setembro de 1974 a 30 de agosto de 1976, e a segunda, em licença para tratar de interesses particulares e, sucessivamente, para acompanhar o marido, de 19.7.75 a 27.3.78.

Apreciados os requerimentos pela Assessoria Jurídica do IPERGS, essa entendeu serem devidos os descontos, uma vez que, durante o período de gozo de licença, ainda que não perceba vencimento, o funcionário não perde a qualidade de associado obrigatório da autarquia, já que seu vínculo com a Administração permanece.

Vislumbrando o impasse criado na interpretação da Lei Previdenciária Estadual, salienta o consulente que, admitida a tese da Assessoria Jurídica, perduraria a vinculação com a obrigatoriedade das contribuições e, em face da disposição da lei, não se teria como fixar o salário de contribuição. Ao contrário, aceitando-se a tese da suspensão da contribuição previdenciária durante o período sem vencimentos, o licenciado ficaria a inteiro desabrigo da Previdência Social.

É o relatório.

2. A legislação previdenciária estadual tem como base a Lei RS nº 5.255, de 30 de julho de 1966, alterada sucessivamente pelas Leis nºs 5.549, de 21 de dezembro de 1967, 5.888, de 19 de dezembro de 1969 e 6.617, de 23 de outubro de 1973.

3. Destacando quem são os contribuintes obrigatórios do IPERGS, dispõe a Lei nº 5.255, na redação da Lei nº 6.617/73:

"Art. 4º – São associados obrigatórios do IPERGS todos os servidores do Estado e de suas Autarquias, ativos e inativos, inclusive os regidos pelo Direito do Trabalho e os da Justiça, bem como os membros do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas".

4. Reforçando a compulsoriedade das contribuições, prescreve o artigo 8º, na redação original da lei, **verbis**:

"As pessoas de que trata o artigo 4º são associados obrigatórios do IPERGS, embora exerçam outro emprego ou atividade incluídos no regime da Lei Orgânica da Previdência Social".

5. Dispõe, ainda, a lei, que só farão jus aos benefícios prestados pela autarquia os inscritos no IPERGS e que o nascimento da relação previdenciária ocorre com a posse do funcionário, parágrafo único do artigo 13, **verbis**:

"De todos os servidores admitidos ao serviço do Estado, cuja inscrição deva ser feita no IPERGS, será exigida como condição de posse, a apresentação de sua Declaração de Beneficiários".

6. Em conseqüência, com o nascimento da relação previdenciária (de um lado, o beneficiário, de outro, a autarquia de previdência) adquire o associado o direito aos benefícios e serviços. Bem como resulta, é óbvio, que a qualidade de segurado compulsório lhe é atribuída em face de sua condição de servidor.

7. No artigo 14, na redação da Lei nº 5.888, de 19 de dezembro de 1969, o diploma legal fixa a base sobre a qual incidem as contribuições que servirão de referência às prestações asseguradas pelo IPERGS, representadas por benefícios e serviços, **verbis:**

"Art. 14 – Entende-se como salário de contribuição para fins desta Lei, a soma mensal paga ou devida ao servidor a qualquer título, excluídos somente os pagamentos de natureza indenizatória, tais como diárias, ajuda de custo e representação e as gratificações de que tratam os artigos 107 e 108, da Lei 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, bem assim como a quantia correspondente ao abono familiar".

8. Possibilita, finalmente, a lei estadual, quando há a extinção do vínculo funcional, o pagamento facultativo com a finalidade de manter a relação previdenciária.

9. É, com efeito, o que prescreve o artigo 7º, da Lei nº 5.255/66:

"Ao associado que deixar de exercer atividade sujeita à inscrição no IPERGS, é facultado manter essa qualidade, desde que manifeste, por escrito, sua intenção, dentro de 60 (sessenta) dias da data da ocorrência e passe a efetuar, sem interrupção, o pagamento mensal das suas contribuições, acrescidas das correspondentes atribuídas ao Estado".

10. Como se observa da leitura do dispositivo citado, enquanto presente a condição de servidor, é garantida a qualidade de segurado. E, sempre que a lei refere-se à perda da carência, aponta a hipótese de perda da qualidade de funcionário.

11. Desde logo, é necessário que se distingam duas ordens de direitos e obrigações, quais sejam, uma de natureza estatutária, oriunda da relação do funcionário com o Poder Público, de fonte institucional, e outra, de natureza previdenciária. Da primeira, surgem para o servidor direitos assegurados no estatuto, como, exemplificadamente, o gozo das licenças. Da relação de natureza previdenciária nasce a prestação de serviços por parte da autarquia. Da mesma forma, na vigência do vínculo, não há correlação entre as prestações (benefícios e serviços) devidas pela entidade autárquica e a obrigatoriedade por parte do funcionário de contribuir para a receita do Instituto.

12. Assim é que a receita da autarquia, destinada ao custeio dos benefícios e à realização dos serviços previstos no diploma legal, é constituída, na redação do art. 41 da Lei nº 5.255/66, alterado pela Lei nº 6.617/73, não só da contribuição mensal dos associados inscritos, em percentagem igual a nove por cento (9%) sobre os salários de contribuição, como também da contribuição do Estado, em igual quantia à que for devida pelo conjunto dos associados, pela contribuição dos pensionistas, em percentagem igual a 2% sobre a quota da pensão, e, mais ainda, contribuições suplementares, complementares e extraordinárias, doações, legados, prestações pagas pelos mutuários nas operações que realizarem com o Instituto, emolumentos, taxas, etc., demonstrando que o dever do funcionário de participar do custeio das operações do Seguro Social não está diretamente relacionado com o dever do Instituto de assegurar as prestações representadas por benefícios e serviços.

13. Nesse sentido é a lição de JOÃO ANTÔNIO G. PEREIRA LEITE, ao discorrer sobre a relação jurídica de Previdência Social no Direito Brasileiro:

"Não há correlação entre o dever de contribuir e o direito a benefícios ou serviços. São distintas as relações jurídicas de previdência social e de custeio.

Esta distinção se evidencia, de início, pela diversidade dos sujeitos beneficiários e dos sujeitos contribuintes. Enquanto se definem como beneficiários os trabalhadores de um modo geral (segurados) e as pessoas que vivem com seu auxílio econômico (dependentes), são contribuintes o Estado (União), os empregadores (empresas) e os segurados. Seria um despropósito pensar em prestações em favor da União ou das empresas. Os dependentes, a seu turno, estão no pólo ativo da relação de previdência social e não se encontram no pólo passivo da relação de custeio.

Dir-se-á que o segurado, quando inativo por desemprego, deve contribuir ou perderá o direito às prestações. Assim dispõem os arts. 9º e 10 da CLPS. Daí não se segue, todavia, a bilateralidade dos efeitos da relação jurídica. A contribuição é pressuposto da persistência da condição de segurado e não do direito às prestações. Tanto isto é certo que o

segurado mantém esta condição durante o comumente chamado "período de graça" (art. 9º), o qual pode ser estendido conforme fatores diversos (art. 9º § 1º)".

(LEITE, João Antônio Guilembernardt Pereira. Curso Elementar de Direito Previdenciário. São Paulo. LTR, 1977 pág. 64).

14. Partindo do que foi exposto até agora, podemos afirmar que o funcionário em gozo de licença estatutária não perde essa qualidade quando afastado, visto que a lei assegura-lhe a fruição do direito, sem prejuízo do vínculo com o Poder Público.

15. E aqui há que apontar os tipos de licenças, isto é, situações em que a lei faculta ao funcionário ausentar-se da repartição, por certo período, pela ocorrência de motivos regulados na forma legal, tudo formalizado em ato administrativo. Assim, os estatutos prevêem licenças com contagem de tempo de serviço mais o recebimento de remuneração, como também a licença sem contagem de tempo de serviço e sem recebimento de estipêndio.

16. De forma que, paralelamente á relação previdenciária, o vínculo estatutário que mantém o funcionário com a Administração possibilita-lhe afastar-se do serviço sem o recebimento dos estipêndios e sem o cômputo do tempo de serviço, na hipótese de gozo de licença para tratar de interesses particulares e, no caso da funcionária casada, para acompanhar cônjuge transferido para outro ponto do Estado ou do território nacional.

17. Nessas hipóteses, portanto, em que o funcionário afasta-se com amparo na lei estatutária, sem vencimento, não se pode presumir, tão-só porque não perde a condição de servidor público, deva ele contribuir para a autarquia previdenciária quando ausente o fato gerador que é o exercício da atividade remunerada.

18. A resposta é encontrada, no caso da instituição previdenciária estadual, na realidade da própria lei em vigor, quando estabelece o salário de contribuição, tendo como base a soma mensal paga ou devida ao servidor a qualquer título, excluídos determinados pagamentos expressamente indicados na regra (art.14).

19. Não havendo exercício com a conseqüente percepção de vencimentos, não há obrigatoriedade na participação do custeio, desde que a lei estatutária assegure o afastamento em virtude de licenças concedidas na forma e condições por ela previstas, a não ser que o sistema previdenciário assim o estabelecesse.

20. Essa interpretação não é isolada, e assim vinha o DASP interpretando a legislação federal pertinente ao IPASE, pelo menos até a Lei nº 6.439, de 1º de setembro de 1977, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, e unificou a estrutura previdenciária federal, como se vê na Formulação nº 211, que diz:

"O funcionário afastado sem vencimentos não está obrigado a contribuir para o IPASE".

21 Aquele Departamento de Pessoal da área da União manifestou a mesma opinião nos Processos COLEPE nº 2.030/51, publicado no Diário Oficial da União de 8.5.51, e, mais recentemente, no Processo CLP nº 493/72, Diário Oficial de 10.1.72.

22. Essa interpretação não é favorável, evidentemente, à autarquia, sobretudo porque os períodos sem contribuição poderão alongar-se, mas na omissão da lei estadual, é a única possível no escopo de evitar contradições e iniqüidade ao funcionário em gozo de licença concedida com base na lei estatutária.

23. Recomendável, pois, a revisão na legislação previdenciária que busque garantir o sistema de custeio das prestações nas hipóteses de afastamento do funcionário sem percepção de estipêndios.

ISSO POSTO, concluímos que o funcionário em gozo de licença para tratamento de interesses particulares e a funcionária casada licenciada para acompanhar o marido fazem jus aos benefícios e serviços do IPERGS, ainda que não contribuam para a autarquia durante o período de afastamento.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 24 de janeiro de 1979.

REAJUSTE DE CONTRATO DE OBRA PUBLICA

MÁRIO NUNES SOARES
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 3850

REAJUSTE EM CONTRATO DE OBRA PUBLICA.
Não incidência da cláusula **"rebus sic stantibus"** quando o atraso na obra, motivador do agravamento do custo, se deve ao consenso das partes.

O Senhor Secretário da Educação e Cultura submete a esta Casa consulta acerca de pedido de reajustamento em contrato de obra.

É que, após sucessivas prorrogações na execução da obra do Grupo Escolar Emilio Zuñeda, em Alegrete, vem a firma executora solicitar uma variação no preço da empreitada, embora não estipulada contratualmente.

Há pronunciamento no expediente, inclinando-se pelo deferimento, louvado na aplicabilidade ao caso da cláusula **"rebus sic stantibus"**.

É o relatório.

2. As prorrogações ocorridas deveram-se ao consenso das partes contratantes, conforme fazem certo os pedidos encaminhados pela firma construtora, em todas as ocasiões em que se verificaram. Evidencia-se, é verdade, o interesse do Estado em tais adiamentos, posto que caracterizado como contrato de empreitada de mão-de-obra, com fornecimento de material pelo poder público contratante; a essa obrigação não pode atender, provocando os pedidos de prorrogação por parte da empreiteira, configurando-se assim o consenso entre partes.

3. Operadas as prorrogações por acordo, não há como invocar-se a teoria da imprevisão, pois esta tem assento em fatos involuntários e imprevisíveis, segundo a melhor doutrina, assim condensada pelo eminente Prof. CAIO TÁCITO:

> **"a) involuntariedade do fato, em relação aos contratantes;**
>
> **b) imprevisibilidade do fato;**
>
> **c) excessiva onerosidade do prejuizo.**
>
> **A primeira conclusão pode, no caso, se entender satisfeita, desde que a Administração nõo contesta que o aumento de custo da obra decorre da valorização dos msteriais de construção e da elevação do salário-minimo.**
>
> **Não se poderá, a meu ver, dizer o mesmo das condições subseqüentes. O contrsto foi assinado em 22 de março de 1954, quando ers notória**

a próxima alteração do salário-mínimo, em adiantada elaboração, a se consumar, 39 dias mais tarde, com a promulgação do Decreto nº 35.450, de 1º de maio de 1954.

TEMISTOCLES CAVALCÂNTI, considerando a periódica ascensão do salário-mínimo, qualifica, em princípio, injustificável o reajustamento do preço sob esse fundamento (verbete: Cláusula "rebus sic stantibus" in Dicionário Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 9, pág. 45)" (R.D.A. vol. 50, pág. 430).

4. No presente caso, alegam-se aumentos sucessivos do custo da mão-de-obra, oriundos de dissídios coletivos da respectiva categoria profissional, fatos previsíveis, notoriamente; mais do que previsíveis, a empresa, ao acompanhar e aceitar os atrasos do Estado, certamente não ignorava os aumentos intercorrentes e, apesar de ciente deles, aquiesceu com as prorrogações.

Muita coisa se pode presumir: houvesse folga no preço contratual, por exemplo. O que não é dado presumir, por avesso à teoria da imprevisão, é que a álea, insita ao contrato de empreitada (Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, pág. 400, tomo II, 6ª edição, La Ley, Buenos Aires) fosse imprevisível e insuportável para a empreiteira, tanto que aceitou e requereu os adiamentos para a execução do contrato.

5. A imprevisibilidade, que pode afetar o preço contratual, é **fato jurídico** o qual adscreve, digamos, modificações no preço estipulado ao contratar-se, independente do consenso.

Ora, na espécie, se trata de **atos jurídicos**, consubstanciados nos pedidos de prorrogações, ou seja, no consenso, e refogem, assim, ao caráter de surpresa insuportável, que anima o nascimento e vigência da cláusula **"rebus sic stantibus"**.

Neste sentido, sustenta Laubadère:

> **"L'évenement invoqué doit avoir été indépendant de la volonté du cocontractant. Celui-ci ne peut prétendre invoquer l'imprévision s'il a été pour quelque chose dans les faits qui ont entraîné le déficit, soit qu'il les ait provoqués, soit même qu'il n'nait point fait ce qu'il aurait pour faire pour les empêcher".** (ANDRE DE LAUBADERE, Traité de Droit Administratif, p. 367, 6ª ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris),

Compromete a aplicabilidade da teoria da imprevisão, portanto, qualquer fator que lhe retire o caráter de surpresa, ao se alterarem as condições de fato por vontade da parte, ou das partes, seja por omissão ou comissão.

6. Seria o caso, nas épocas oportunas, de haver a empreiteira invocado o direito de rescindir o contrato, supondo-se a inadimplência do Estado.

Corrido o longo tempo dos eventos protelatórios, difícil seria hoje examinar a falta contratual do Estado, sob a causa da não-entrega do material, quando não ocorreu a iniciativa de rescisão por parte da empreiteira, nem se constituiu em

mora o devedor. Bem ao contrário, houve-se o credor por solicitar as dilações, elidindo, portanto, a mora, consoante aduz ORLANDO GOMES, arrolando as diversas hipóteses que a superam:

> "Extingue-se a **mora:**
>
> . . . . . .
>
> **d) Quando o credor concede novo prazo para o cumprimento da obrigação" (ORLANDO GOMES, Obrigações, pág. 205, 2ª edição, Forense);**

Esta circunstância consensual convence-nos, já no âmbito do direito obrigacional civil, não haver lugar para a invocação do disposto no artigo 1057, **"in fine"**, do Código Civil:

> **"Nos contratos bilaterais, responde cada uma das partes por culpa".**

Trata-se ademais, na espécie, de direito obrigacional **administrativo**, sendo o contrato celebrado dentro de nítida rigidez, e não se prestando, assim, para uma alteração voluntária do preço, efetivada pelo administrador. Administração e cocontratante ficam adstritos aos termos da concorrência e aos valores que fizeram excluir os demais concorrentes, em proveito do adjudicatário.

Diz, com efeito, HELY LOPES MEIRELLES:

> **"O preço normalmente é fixo e imutável, mas as variações do mercado e a desvalorização da moeda, têm ensejado exceções a essa regra. Como exceção, o reajuste de preços contratados há que ser expressamente previsto no edital, e delimitado nos seus índices correcionais. Não é a concordância das partes que legitima as majoreções de preços; é o contrato que há de autorizar essa revisão, quando previsto no edital, na conformidade da legislação permissiva dos reajustes". (HELY LOPES MEIRELLES, "Licitação e Contrato Administrativo", pág. 124, 3ª. edição, Revista dos Tribunais)**

7. EM CONCLUSÃO, não se encontra fundamento para os reajustes pedidos, porquanto não estipulados em contrato e não sendo caso de incidência da cláusula **"rebus sic stantibus"**, ou de qualquer outro suporte jurídico.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 1º de junho de 1978.

ÍNDICE

ALFONSIN, Jacques Távora. Taxa de calçamento – Parecer 4091/CGE 151
ALLGAYER, Antônio Estêvão. Revogação de ato administrativo 119
ASSESSOR – Função de assessoramento, por José Joaquim Monteiro – Parecer 3945/CGE 159
ATO ADMINISTRATIVO – Revogação de, por Antônio Estêvão Allgayer – Parecer 3597/CGE 119
AZEVEDO, Luiz Juarez Nogueira de. Inconstitucionalidade de leis estaduais mediante ação declaratória 111
BENS PÚBLICOS – Comodato de, por Almiro do Couto e Silva – Parecer 3944/CGE 123
COMODATO – De bens públicos, por Almiro do Couto e Silva – Parecer 3944/CGE 123
CONSULTORIA-GERAL DO ESTADO – Posse do Consultor-Geral do Estado, professor Mário Bernardo Sesta 10
CONTRATO ADMINISTRATIVO – Contratação administrativa, por José Roberto Dromi 27
CORREÇÃO MONETÁRIA – Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por Arnoldo Wald 59
COUTO E SILVA, Almiro do. Comodato de bens públicos – Parecer 3944/CGE 123
DIREITO ADMINISTRATIVO – Os fatos naturais no, por Maria Amália Dias de Moraes 47
DROMI, José Roberto. Contratação administrativa 27
FATOS NATURAIS – Os fatos naturais no Direito Administrativo, por Maria Amália Dias de Moraes 47
GRASSI, Marisa. Contribuição previdenciária – Parecer 4001/CGE 165
GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. Tempo de serviço – Parecer 3998/CGE 127
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – por Jorge Arthur Morsch – Parecer 3964/CGE 137
INELEGIBILIDADE – Inconstitucionalidade parcial da Lei Complementar nº 5/1970, por Mário Bernardo Sesta 91
LEI – CONSTITUCIONALIDADE – Inconstitucionalidade de leis estaduais mediante ação declaratória, por Luiz Juarez Nogueira de Azevedo 111
LEI – CONSTITUCIONALIDADE – Inconstitucionalidade parcial da Lei Complementar nº 5/1970, por Mário Bernardo Sesta 91
LICITAÇÃO – Por Celso Antônio Bandeira de Mello 75
MAGISTÉRIO – Tempo de serviço, por Alexandre Henrique Gruszynski – Parecer 3998/CGE 127
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Licitação 75
MONTEIRO, José Joaquim. Função de assessoramento – Parecer 3945/CGE . 159
MORAES, Maria Amália Dias de. Os fatos naturais no Direito Administrativo . 47

MORAES, Maurício Azevedo. Isenção da Taxa Rodoviária Unica – Parecer 3984/CGE 149
MORSCH, Jorge Arthur. Honorários advocatícios – Parecer 3964/CGE 137
OBRA PÚBLICA – CONTRATO – Reajuste de contrato de obra pública – por Mário Nunes Soares – Parecer 3850/CGE 171
PREVIDÊNCIA SOCIAL – CONTRIBUIÇÃO – Contribuição Previdenciária, por Marisa Grassi – Parecer 4001/CGE 165
PROCESSOS ADMINISTRATIVOS – Certidões em, por Ney Sá – Parecer 4067/CGE 133
SA, Ney. Certidões em processos administrativos – Parecer 4067/CGE 133
SESTA, Mário Bernardo. Inconstitucionalidade Parcial da Lei Complementar nº 5/1970 91
SOARES, Mário Nunes. Reajuste de contrato de obra pública – Parecer 3850/CGE 171
TAXA DE CALÇAMENTO – por Jacques Távora Alfonsin – Parecer 4091/CGE 151
TAXA RODOVIÁRIA ÚNICA – Isenção, por Maurício Azevedo Moraes – Parecer 3984/CGE 149
TEMPO DE SERVIÇO – por Alexandre Henrique Gruszynski – Parecer 3998/CGE 127
WALD, Arnoldo. A correção monetária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 59

A Revista da Consultoria-Geral do Estado é uma publicação quadrimestral do Instituto de Informática Jurídica, da Consultoria-Geral do Estado. A correspondência deve ser dirigida para a Avenida Borges de Medeiros, nº 417, 11º andar, em Porto Alegre.

Capa de Léo Dexheimer