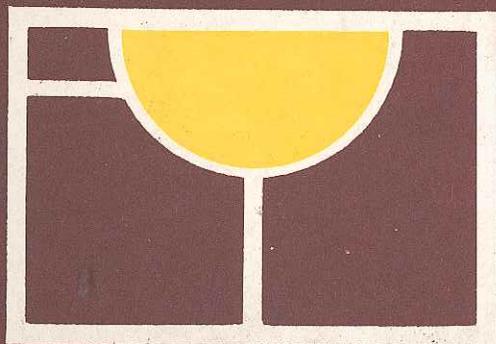


REVISTA DA CONSULTORIA GERAL DO ESTADO



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

**REVISTA DA
CONSULTORIA
GERAL DO ESTADO**

**PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA**

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RCGE	Porto Alegre	v. 7	n.º 18	p. 1 a 215	1977
------	--------------	------	--------	------------	------

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.



Catlogação 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.

Sival Guazzelli — Governador do Estado
José Maria Rosa Tesheiner — Consultor-Geral do Estado
Jorge Arthur Morsch — Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

COMISSÃO ORGANIZADORA DA REVISTA

Mória Bernardo Sesta

Antânia Estêvão Allgoyer

Roso Mario Peixato Bastos

Silvia Lo Parto de Castro

Maria Izobel de Araújo Fonyat

Laura Carrêo Oliveira

Suzana Maria Heller

Roque Antônio Ames

SUMÁRIO

DOCTRINA

PAULO PASQUALINI	O Mordado de Seguranga e a Direita Administrativo	11
MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO	O Ata Institucional no teoria dos atos de governo	27
JACY DE SOUZA MENDONÇA	A odvacacio e a evoluçãõ do empresa	43
JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO	A violaçãõ do gorantio constitucional do prapriedode por disposiçãõ retrootiva	53
MARIA IZABEL DE A. RIBEIRO FONYAT	Infarmático Juridico: umõ nova pers- pectiva na Direita	111

PARECERES

ALMIRO DO COUTO E SILVA	Abandana de corgo e a novo estotuta da Magistéria — Parecer 3635/ CGE	141
-------------------------	---	-----

JORGE ARTHUR MORSCH	Cancelito de linha na concessão de transporte coletiva — Parecer 3576/CGE	151
MARISA GRASSI	Gratificação por coordenação de disciplina na Magistéria — Parecer 3534/CGE	169
EMILIO RODRIGUES	Compatibilidade de horários da funcionário-vereador — Parecer 3545/CGE	175
JOSÉ QUADROS PIRES	Regime jurídico do pessoal administrativa da Câmara Municipal — Parecer 3631/CGE	179
MANOEL ANDRÉ DA ROCHA	Renovação de instância administrativa — Parecer 3575/CGE	185
ANTÔNIO ESTÉVÃO ALLGAYER	Concessão de uso de terreno reservado — Parecer 3518/CGE	193
MARIO NUNES SOARES	Licitação nula por inobservância ao princípio da igualdade — Parecer 3537/CGE	201
PAULO GERMANO JOÃO	Arrendamento de área rural do Estado — Parecer 3543/CGE ...	207

DOCTRINA

O MANDADO DE SEGURANÇA E O DIREITO ADMINISTRATIVO

PAULO PASQUALINI

Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UFRGS.
Consultor Jurídico da Caixa Econômica Estadual.

I — A administração legal

O Estado constitucional introduziu o princípio da **administração legal**, isto é, a obrigação para a administração de respeitar a lei. Esse princípio decorre da idéia de que a lei edita prescrições gerais, regras de direito válidas para todos, que excluem o arbítrio da autoridade executiva na regulamentação dos casos particulares. A lei, além disso, é elaborada pela representação do povo ou com a sua colaboração, razão pela qual o governo não pode criar direito a não ser por delegação legislativa. O princípio da administração legal tem uma origem política. Dirige-se, ele, contra o poderio excessivo do executivo.

O poder executivo, a administração, recebe da lei o impulso necessário à sua atividade. Na verdade, não apenas da lei, pois a seu lado as regras de direito costumeiro exercem a sua ação. Da mesma forma as concepções políticas e econômicas fundamentais, sobre as quais reponsa a organização do Estado, tornam-se princípios diretores não escritos de seu Direito Constitucional e de seu Direito Administrativo. **Todo ato administrativo deve ter uma base legal.**

Administração legal significa portanto: administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições. As relações de Direito Público entre o Estado e o administrado decorrem sempre da lei. Ela estabelece os limites jurídicos dentro dos quais deverá agir o Estado administrador.

Toda a invasão da administração na esfera da liberdade e da propriedade dos cidadãos somente será lícita na medida em que a lei, ou o regulamento por ela habilitado, a autorizar.

No Estado de Direito, a presunção é sempre em favor da liberdade dos cidadãos contra a coação estatal. Toda a intervenção da autoridade, toda a ordem ou proibição que restringe a liberdade individual ou que impõe, em favor da administração, uma obrigação de prestar algo ou de suportar uma restrição (obrigações fiscais, obrigações de polícia, obrigação militar, etc.), deve ter como fundamento a lei ou uma forma jurídica derivada ou por ela admitida.

As intervenções na liberdade e na propriedade dos súditos submetem-se à "reserva da lei" (Vorbehalt des Gesetzes), definida por OTTO MAYER.

A submissão da administração à lei se realiza em virtude do **princípio de legalidade da administração**. Segundo esse princípio, nenhum ato administrativo pode ser emitido sem repousar sobre uma lei. As disposições constitucionais, com força formal superior à da lei, o consagram.

Distingue-se entre o princípio de legalidade "lato sensu" e o da legalidade "stricto sensu". Há disposições constitucionais prescrevendo que uma matéria determinada, a introdução de um imposto por exemplo (art. 153, § 29, C.F.), é reservada exclusivamente à competência legislativa. Esse é o procedimento de reserva da lei (Vorbehalt des Gesetzes), ou princípio de legalidade "stricto sensu".

Mas, fora dessas matérias especiais, há disposições constitucionais gerais, que consagram a separação formal ou orgânica das funções ao determinar as tarefas que incumbem a cada categoria de órgãos. É assim que o art. 27 da C.F. estabelece que "O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal". Disso decorre que toda a disposição que tiver por finalidade a criação de direitos e de obrigações, ou a determinação, de um modo qualquer, de limites postos à vontade dos administrados,

deve emanar dos órgãos legislativos e não dos órgãos da administração. Estes últimos, agindo sempre em conformidade com uma regra pré-existente, apenas asseguram a aplicação dessa regra, ao determinar o que é de direito nas situações individuais. É o princípio de legalidade "lato sensu". Ele está introduzido expressamente na Constituição Federal, no art. 82, II, em que é definido como crime de responsabilidade o ato do Presidente da República que atentar contra "o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais do Estado". Nessa disposição constitucional ficam claramente definidos os limites da competência do Presidente da República e está determinado o princípio de legalidade "lato sensu", que este decorre da perfeita distribuição das competências.

A noção de legalidade, presente no Estado de Direito, combinou-se organicamente com a reivindicação de um **direito igual** para todos os cidadãos. As intervenções do Estado devem ter lugar segundo uma medida igual para todos. A legislação trata de realizar essa igualdade jurídica dos cidadãos ao estabelecer regras universalmente válidas, que indicam precisamente as condições segundo as quais o Estado deverá satisfazer as reclamações dos cidadãos e poderá realizar as interferências na propriedade e na liberdade individuais.

Desse princípio, "o mesmo direito para todos", decorrem algumas conseqüências:

- 1.º) — Os regulamentos devem ser abstratos e gerais, pois somente assim estará assegurada a igualdade jurídica;
- 2.º) — As leis, os regulamentos e as disposições autonômicas vinculam do mesmo modo governantes e governados;
- 3.º) — A autoridade deve observar o princípio da igualdade do direito também por ocasião do exercício do poder discricionário tratando igualmente as circunstâncias de fato e as situações de direito idênticas.

II — O Direito Subjetivo Público

O Estado moderno, pelas suas múltiplas vinculações com os administrados, está numa posição não apenas de exigir, mas de prestar obrigações. Direitos subjetivos, de natureza pública, são reconhecidos aos cidadãos. Através deles os súditos podem exigir do Estado prestações positivas ou negativas, que a ordem jurídica lhes confere. O direito subjetivo público tem como notação conceitual característica, no dizer de RUY CIRNE LIMA, "a circunstância de criar obrigação jurídica em pessoas de Direito Público, a quem normalmente apenas se reconhece, em tal ordem de matérias, o poder de obrigar juridicamente". A concepção do direito subjetivo público, sem embargo das opiniões contrárias de KELSEN e de DUGUIT, é geralmente aceita. Credita-se a G. JELLINEK o trabalho de elaboração e de afirmação dos direitos subjetivos públicos e a concepção de que o Estado é suscetível de se obrigar diante do indivíduo, reconhecendo-lhe os direitos que a ordem jurídica estabelece em seu favor.

Os direitos do indivíduo diante do Estado têm a sua fonte primária na Constituição e nas Leis. Algumas vezes, bastam o enunciado legal e o implemento pelo indivíduo de certas condições de fato e de direito, prescritas pela lei, para que o direito subjetivo venha à existência. É o que se verifica não somente com direitos universais, como o de liberdade de consciência, mas também com outros, que pertencem apenas a certa categoria de pessoas, como o de isenção tributária. A regra jurídica enuncia, de modo geral, o direito, e ele se incorpora ao patrimônio jurídico do indivíduo no momento em que forem preenchidos os requisitos definidos pela lei. Em outros casos, o ato administrativo pode ser a fonte imediata do direito subjetivo. A lei não terá força para constituir-lo por si mesma. Será necessário um ato administrativo que determine o direito no caso concreto. A Constituição define em linhas gerais o acesso aos cargos públicos. Mas, o direito subjetivo concreto de ingressar no serviço público somente se delineará com o ato de nomeação.

A administração pública pode cometer violações, por omissão ou por ação, com relação aos direitos subjetivos públicos dos administrados. Quando o direito depende, para o seu normal exercício, de abs-

tenções do poder público, ele poderá vir a ser violado por atos e ações materiais da administração, cuja prática importa em desconhecimento dos limites prefixados pela ordem jurídica à ação estatal. É o que pode suceder com o direito à liberdade, com o direito à vida, com o direito à propriedade. Se a administração pública se apropriar da propriedade privada sem o processo regular de desapropriação, ela estará desrespeitando o direito de propriedade, consagrado pelo art. 153, § 22, da C.F., e, ao mesmo tempo, a garantia constitucional da propriedade, que é representada pela desapropriação. Por outro lado, há direitos subjetivos públicos, de origem constitucional ou simplesmente legal, que supõem não uma abstenção do Poder Executivo, mas uma prestação positiva para que possam ser concretizados. Dependem, esses direitos, de um procedimento ativo da administração, através do ato administrativo.

Se a administração se recusar a praticar o ato que lhe é solicitado, ou o pratica de modo insuficiente, agride o direito do administrado por omissão total ou parcial. Nesses casos, o ato administrativo, que se limita a cumprir uma determinação da lei, tem meramente um caráter declaratório e a administração não se pode furtar à sua prática desde que satisfeitos os requisitos exigidos pela lei. Logo, a administração peca por omissão e fere, com a sua omissão, o direito subjetivo do cidadão.

Em todas essas situações, quer a administração fira a legalidade por omissão, quer por ação, o direito subjetivo do administrado, lesado pela ação ou omissão estatal, deve ser reparado. Essa reparação somente poderá ser efetivada pelo Poder Judiciário, que é o "poder neutro" dentro do Estado. "A autonomia da justiça diante das outras funções do Estado indica que os tribunais receberam a função de ser esse poder neutro", como afirma E. FÖRSTHOFF. Somente a Justiça, como poder intermediário, é que poderia ter a missão de reparar o agravo ao direito subjetivo individual levado a efeito pela administração. A iniciativa, entretanto, incumbe ao interessado, que promoverá a apreciação da ilegalidade pelo Poder Judiciário.

III — O Mandado de Segurança

A Constituição Federal enuncia três remédios específicos contra os atos ilegais praticados pela administração pública. Esses remédios são o “habeas-corpus”, o mandado de segurança e a ação popular.

Nas duas disposições constitucionais, nas quais se fundam, respectivamente, o “habeas-corpus” e o mandado de segurança, salta aos olhos, desde logo, a natureza vinculativa das promessas que nelas se contêm: — “Dar-se-á “habeas-corpus”... (art. 153, § 20, C.F.)”; “Conceder-se-á mandado de segurança”... (art. 153, § 21, C.F.). Basta realmente que se prove o implemento das condições indicadas nos dois dispositivos constitucionais (a violência ou coação à liberdade de locomoção, ou ameaça dela, e a violação ou ameaça de direito líquido e certo), para que a promessa neles feita à pessoa indeterminada se complete e aperfeiçoe em obrigação definida do Estado face a tal ou qual indivíduo designadamente. Assim, no processo do “habeas-corpus” ou do mandado de segurança, não se examina senão o implemento do fato-condição; verificado este, dá-se execução à obrigação do Estado. A “causa petendi”, nesses processos, não é a liberdade do indivíduo, nem o direito certo e incontestável deste: é a disposição constitucional que os autoriza.

Duas espécies são conhecidas de disposições legais ou constitucionais. “A lei de tal comunidade — afirma PONTES DE MIRANDA — expressa-lhe a vontade; mas, essa manifestação volitiva pode ser: a) **normativa**, se apenas vai dispor sobre como se obriguem e desobrigam entre si os indivíduos; b) **vinculativa**, se emite a regra de direito, faz depender de obrigatoriedade efetiva a aplicação e grava a situação jurídica, que ela mesma cria, de uma simples condição: “condicio juris”. Pertencem à segunda espécie as disposições sobre o “habeas-corpus” e o mandado de segurança.

O mandado de segurança foi introduzido em nosso direito pela Constituição Federal de 1934. No art. 113, n.º 33, determinava, aquela Constituição, que “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamen-

te inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do “habeas-corpus”, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes”.

Nesse dispositivo constitucional tinha-se nitidamente delineada a origem próxima do mandado de segurança, que encontrava as suas raízes numa extensão do “habeas-corpus” levada a efeito por um trabalho pertinaz de elaboração doutrinária e jurisprudencial durante a primeira República.

Desponta nesse trabalho de desenvolvimento doutrinário a figura invulgar de RUY BARBOSA, nosso grande publicista, que, com mão de mestre, fundamentou a ampliação do instituto do “habeas-corpus” a situações não compreendidas inicialmente debaixo da tutela do dispositivo constitucional de então. Dizia, a Constituição de 1891, que “Dar-se-á o habeas-corpus sempre que o indivíduo sofrer, ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder (art. 72, § 22). Dizia RUY que “a regra da Constituição Federal em matéria de habeas-corpus é realmente amplíssima (T. 5, p. 495). Afirmava mais, que o “habeas-corpus” estendia-se a todos os casos em que há um direito ameaçado. As suas considerações são, como sempre, precisas: “O habeas-corpus hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal: o habeas-corpus hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade. Desde que a Constituição não particularizou os direitos que, com o habeas-corpus, queria proteger contra a coação ou contra a violência, claro está que o seu propósito era escudar contra a violência e a coação todo e qualquer direito que elas podiam tolher e lesar nas suas manifestações. Limitar a disposição aos direitos de caráter privado é ir de encontro à boa hermenêutica nas suas regras fundamentais: .

Primeiro, porque não é lícito distinguir onde a lei não distingue. “Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere possumus”.

Segundo, porque a mesma norma que manda interpretar restritivamente as disposições restritivas do direito, estabelece que as disposições a ele favoráveis se devem entender liberalmente. "Odiosa restringenda, favorabilia amplianda".

Terceiro, porque, em se oferecendo alguma dúvida, a lei se entende sempre a favor da liberdade. "Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit". (Pomponio, fr. 20, D. De Regulis Juris) t. V, p. 506/507.

A opinião do insigne RUY era, pois, definitivamente favorável à ampliação dos horizontes do instituto a fim de abranger sob o seu manto protetor não apenas os casos de coação e de violência à liberdade pessoal, mas ainda as situações em que outros direitos não menos respeitáveis estivessem em jogo.

A tradição em favor do "habeas-corpus" já vinha do Império. Embora a Constituição Imperial de 1824 a ele não fizesse menção, a sua introdução em nosso direito ocorreu com o Código de Processo Criminal de 1834, que, em seu art. 340, assim dispunha: "Todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem o direito de pedir uma ordem de "habeas-corpus" em seu favor".

Essa tradição legislativa em prol do "habeas-corpus" foi decisiva para que o instituto, sob a República, se desenvolvesse e adquirisse dimensões que o colocaram como o instrumento de proteção por excelência contra todas as ilegalidades e abusos de poder.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, durante a primeira República, desenvolveu-se no mesmo sentido da doutrina, isto é, na tendência de ampliar as dimensões do instituto do "habeas-corpus" para que ele viesse a abranger não apenas os casos de violação da liberdade pessoal, mas também como um meio seguro de defesa para as ilegalidades e abusos do poder que viessem a ferir os demais direitos individuais assegurados pela Constituição.

Haveria, é verdade, o retrocesso operado pela reforma constitucional de 1926, que restringiu o alcance do "habeas-corpus" a fim de não mais admitir a sua aplicação a outros casos de violação de direito que não aqueles relacionados com a liberdade de locomoção.

Mas, o movimento em favor da criação de um remédio jurídico pronto e eficaz para proteger o indivíduo contra os abusos do poder público não se deteve, vindo a desembocar na Constituição Federal de 1934, que teve o privilégio de criar o remédio e de lhe dar a denominação definitiva de "mandado de segurança", proposta por JOAO MANGABEIRA.

A partir desse momento o instituto começa a ter existência definida em nosso direito, passando por eclipses como aquele do período da Constituição de 10 de novembro de 1937, que o eliminou do direito positivo, mas ressurgindo com o advento da Constituição Federal de 1946 e sendo mantido íntegro pela Constituição Federal de 1967 e pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

IV — Mandado de segurança é ação civil

O mandado de segurança é uma ação civil de rito sumaríssimo, destinada a suscitar o controle jurisdicional sobre ato de qualquer autoridade, que, por sua ilegalidade ou abuso de poder, viole ou ameace direito líquido e certo.

1. O mandado de segurança é ação, tomada esta palavra no sentido genérico de remédio destinado a dar solução a qualquer situação litigiosa perante o Poder Judiciário, como afirma JOAO MONTEIRO (§ 12, p. 72).

2. O seu rito é sumaríssimo, pois se destina a dar solução à contenda de modo mais peremptório a fim de remover situações contenciosas que se formem entre agentes do poder público e pessoas privadas, quando os atos forem praticados com ilegalidade ou abuso de poder.

3. O mandado de segurança cabe contra qualquer autoridade. Dizia, a Constituição Federal de 1946, repetida pela de 1967, a pri-

meira no art. 141, § 24, a segunda no art. 150, § 21, que o mandado caberia "seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder". A Emenda n.º 1, de 1969, manteve essa mesma referência. Autoridade, no caso, é termo genérico que se refere a todos os que exercem funções públicas. Não importa a natureza da função exercida, executiva, jurisdicional ou legislativa. A amplitude dos textos, tanto ontem como hoje, leva à conclusão de que não há distinção a fazer nesse particular.

As restrições, que se possam opor ao uso do mandado de segurança contra atos do Legislativo ou do Judiciário, decorrerão da natureza dos atos em si, mas não da qualidade dos agentes de que emanem. Como quase todas as lesões a direitos individuais provêm de atos da administração pública, via de regra é contra os atos desta que tem maior aplicação o mandado de segurança. Na verdade, o certo é que podem ocorrer atos administrativos que não autorizem o pedido de mandado de segurança, como podem se verificar atos de órgãos legislativos e judiciários que o autorizam. Cabe, no caso, o exame do mandado de segurança contra a lei em tese. PONTES DE MIRANDA é favorável. EDUARDO ESPINOLA manifestou-se, como Ministro do S.T.F., em sentido contrário.

4. A palavra ilegalidade, empregada pela lei, tem um sentido amplo. Compreende, com efeito, tanto a inadequação à lei ordinária quanto a inconstitucionalidade. Ilegalidade é, por conseguinte, termo genérico destinado a abranger as situações de violação da lei e da Constituição.

5. A locução expressiva "ilegalidade" serviria para compreender todos os vícios administrativos capazes de ensejar o controle jurisdicional. O abuso de poder estaria compreendido, à evidência, dentro da noção de ilegalidade. A redundância do texto da Constituição explica-se, como afirma SEABRA FAGUNDES, "pelo propósito de antes vivificar o instituto que acanhá-lo".

6. Ponha-se em relevo, ainda, que a Lei n.º 1533 ampliou o alcance do instituto, admitindo que o mandado será cabível tanto quanto alguém sofra violação de direito líquido e certo, como quando houver justo receio de que venha a sofrê-la.

7. O texto da Constituição de 1946, referente ao mandado de segurança, atribuía a esse remédio a proteção de "direitos líquidos e certos não amparados por 'habeas-corpus'" (art. 141, § 24). A Constituição de 1967 manteve, em suas linhas genéricas, a configuração do instituto, mas qualificou de "individuais" os direitos protegidos pelo mandado de segurança. Muitos pretenderam ver nessa qualificação uma restrição aos direitos amparados pelo instituto. Somente os direitos individuais, na expressão consagrada pela Lei Fundamental, teriam proteção. Todos os demais não. A exegese mencionada não era procedente. Entretanto, a Emenda n.º 1 veio a cortar a controvérsia ao suprimir a palavra "individuais" do texto da Constituição (art. 153, § 21).

8. A Constituição de 1946 (art. 141, § 24) substituiu a expressão "direito certo e incontestável", que figurava na Constituição de 1934 (art. 113, n.º 33), por "direito líquido e certo", que a Emenda n.º 1, de 1969, mantém. Ter-se-á como líquido e certo o direito cujos aspectos de fato possam ser provados documentalmente fora de toda a dúvida. Trata-se de um direito que se pode constatar pelo exame da prova oferecida com o pedido e que pode ser confirmado pela apreciação das informações prestadas pela autoridade coatora. O direito é certo porque existe um preceito legal regendo determinada situação de fato e se lhe aplica certamente uma vez provada a existência do fato.

O mandado de segurança é inadmissível, mesmo que se verifiquem essas circunstâncias:

a) Contra ato de que caiba recurso administrativo, com efeito suspensivo, independente de caução (Lei n.º 1.533, art. 5.º, I);

b) Contra despacho ou decisão judicial que comporte recurso segundo as leis processuais, ou possa ser modificado por via de correção (Lei n.º 1.533, art. 5.º, n.º II);

c) Contra ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente, ou com inobservância de formalidade essencial; contra atos que afetem, exclusivamente, a liberdade de locomoção.

Não somente pela imediata lesão pode a autoridade pública atingir o direito subjetivo do indivíduo. Mesmo a ameaça ao direito dá lugar ao mandado de segurança. A Constituição vigente não faz alusão à ameaça, mas a legislação ordinária admite expressamente a impetração da segurança tanto contra a violação de direito líquido e certo, como contra o justo receio de sofrê-la (Lei n.º 1.533, art. 1.º).

O mandado de segurança se distingue dos remédios jurídicos ordinários por três caracteres distintos:

- a) a natureza das situações jurídicas a cujo amparo ele se destina;
- b) a maneira por que atua, no sentido de realizar essa proteção;
- c) a rapidez do rito processual, que o rege.

A Lei n.º 1.533, de 31.12.1951, no § 2.º do art. 1.º, considerou autoridades, para os seus fins, os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, no que se relaciona com essas funções. Destarte, o mandado de segurança tem cabimento contra as entidades da administração indireta do Estado e contra aqueles que são concessionários de serviço público.

A proteção do direito subjetivo público, por intermédio do mandado de segurança, se realiza ao se defender o exercício do direito ameaçado ou violado pela administração. Trata-se de um processo que visa a garantir o próprio direito ameaçado e não uma outra forma de reparação pelo não cumprimento do mesmo direito.

Essa forma de defesa se constitui no único meio eficiente de amparo a determinados direitos, que dependem de atos da administração para a sua efetividade.

O conteúdo essencial da sentença no mandado de segurança será sempre uma ordem de praticar o ato reclamado ou de abster-se de

um ato atentatório ao direito individual. O mandado de segurança é mais do que um meio declaratório. Destinando-se, como instrumento processual, a proteger direitos líquidos e certos, atingidos por atos contrários à Constituição e às leis, tem um alcance executório indispensável a tornar efetiva essa proteção. Diante dele o ato administrativo despe-se de sua função excecória, que é entregue com exclusividade ao juízo do Poder Judiciário. Enquanto que a ação declaratória dá lugar somente à declaração, o mandado de segurança permite a declaração e a condenação. Por esse aspecto ele é tão executório quanto o "habeas-corpus", porque, como ele, encerra, ao lado da declaração própria de toda a sentença, um mandamento específico ao seu cumprimento.

Destinando-se ao amparo de situações, cuja juridicidade seja óbvia, o mandado de segurança, por isso mesmo, se processa segundo um rito célere, diferente do rito das ações em geral. Tal rapidez de processamento permite suscitar, prontamente, o controle do Judiciário, sem que se consume, de modo irremediável, a lesão do direito. É esta circunstância que o torna extremamente indicado para o amparo jurisdicional dos administrados, pois traz solução a muitas situações que, sem o urgente apelo ao Judiciário, tornar-se-iam, na realidade, irreparáveis.

V — Direitos tuteláveis por Mandado de Segurança

Há inúmeros direitos subjetivos públicos suscetíveis de tutela através do mandado de segurança.

1. A igualdade perante a lei, a que corresponde o princípio de isonomia, está protegida pelo mandado de segurança. Se algum ato da autoridade pública infringir o princípio definido pelo art. 153, § 1.º, da C.F., configura-se o caso de mandado de segurança.

2. O ato de autoridade pública, que ofenda direito adquirido, ou que desconheça o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, pode legitimar o emprego da ação de mandado de segurança. O art. 153, § 3.º, da C.F., pode ser invocado para a proteção mandamental. Se, por exemplo, o Estado deliberar demitir um magistrado vitalício por simples inquérito administrativo, tem cabimento a invocação ao direito adquirido para a proteção do direito através de mandado de segurança.

3. Se a lei subtrair da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual, terá cabimento o mandado de segurança com fundamento no art. 153, § 4.º, da C.F..

4. Se algum ato de autoridade pública impedir, contra o que dispõe o art. 153, § 8.º, da C.F., a livre manifestação do pensamento, proibindo a publicação de jornal, caberá mandado de segurança com base no texto da Constituição.

5. A inviolabilidade de domicílio é direito certo (art. 153, § 10, C.F.). Se a autoridade pública penetrar na casa, à noite, sem que o morador consinta, fora das exceções previstas pela Constituição, está sujeita a que se impetre contra ela o mandado de segurança.

6. No art. 153, § 29, 1.ª parte, a Constituição estipula que “nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça”. Se um tributo for exigido ou aumentado sem a determinação da lei, caberá mandado de segurança. Por outro lado, de acordo com a 2.ª parte, do § 29, “nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do exercício financeiro”. Logo, se tributo for cobrado por lei promulgada no mesmo exercício, haverá ilegalidade e abuso de direito, o que dá lugar a mandado de segurança.

Esses são alguns exemplos tirados da declaração de direitos constante da Constituição, que identificam o direito individual e a ação da administração pública contrária ao direito. Sempre que isso ocorrer, o mandado de segurança terá cabimento como instrumento constitucional, verdadeira garantia dos direitos individuais, criada pela Constituição, para a proteção dos direitos. O mandado de segurança é, por conseguinte, fundamentalmente, uma garantia constitucional, instituída pela Norma Fundamental para a proteção de todos os direitos subjetivos públicos que o cidadão possa ter diante do poder público, observadas as condições definidas pela norma constitucional. Porque é uma garantia constitucional, o mandado de segurança somente tem expressão durante a vigência plena da Constituição. Nos momentos de crise institucional ou naqueles em que o Estado de Sítio for autorizado, de conformidade com o art. 155 da Constituição, deixa, o mandado de seguran-

ça, de ter sentido como instrumento de proteção dos direitos, pois, na forma do art. 157 da Constituição, é garantia constitucional que pode ser suspensa tendo em vista a perturbação da ordem ou a sua ameaça, ou, ainda, o estado de guerra.

VI — Conclusão

A administração pública transformou-se rapidamente nos últimos anos. O poder público abandonou a posição que tradicionalmente lhe era reconhecida pelo Estado de Direito e passou a agir no sentido de uma intervenção constante na vida social e econômica, a fim de modelar uma nova sociedade. Os métodos tradicionais foram relegados e abandonados, e a administração pública vem se manifestando como administração intervencionista a fim de assegurar condições sociais e econômicas melhores para os cidadãos do Estado.

A administração intervencionista opera em circunstâncias que escapam completamente às técnicas de proteção das liberdades e do controle jurídico tais como as desenvolveu o Estado de Direito liberal. Essas técnicas partem da hipótese de que o indivíduo tem uma existência autônoma e independente da administração. Com relação à administração atual, essa situação foi alterada. O indivíduo não é mais independente da administração, mas, pelo contrário, dependente. Cada dia ele está obrigado a utilizar os serviços postos à sua disposição pela administração. A sua força de trabalho se encontra, em larga medida, à disposição do Estado. Como agente econômico, ele está integrado no sistema das medidas de dirigismo econômico adotadas pelo Estado. Isso significa que ele não dispõe mais da liberdade necessária para exercer o seu direito de recurso contra os atos da administração. Os contatos entre o indivíduo e o Estado não se produzem tão somente por ocasião de atos isolados, como uma medida de polícia ou uma autorização. Esses contatos são, hodiernamente, contatos permanentes.

Em uma palavra, a estrutura tradicional do Estado de Direito desapareceu. Entretanto, as Constituições atuais ainda permanecem fiéis às normas tradicionais. Surge, então, o problema de difícil solução relativo à estruturação das relações entre os particulares e a adminis-

tração em um Estado de Direito moderno. Essa estruturação não se fará, certamente, sem o sacrifício de alguns direitos do indivíduo, e os instrumentos de proteção desses direitos deverão se adaptar aos novos tempos. É preciso não perder de vista, entretanto, que a liberdade é o bem fundamental para o ser humano e que sem ela não haverá ordem social duradoura e justa. Vale recordar, a propósito, o ensinamento de MONTESQUIEU quando afirmava, nos seus Cahiers, o seguinte: "La liberté, ce bien qui fait jouir des autres biens". "A liberdade, esse bem que permite usufruir os outros bens".

O ATO INSTITUCIONAL NA TEORIA DOS ATOS DE GOVERNO

MANOEL DE OLIVEIRA
FRANCO SOBRINHO

Catedrático de Direito Administrativo da
Universidade Federal do Paraná. Professor
Honorário da Universidade Nacional Mayor
de San Marcos, de Lima no Peru

1. Na sua atipicidade aparente, o ato institucional, acolhido pela doutrina, contém-se naquela área livre entre o que é **constitucional** e o que é **administrativo**, marcado, porém, de indisfarçável conteúdo político .

A primeira vista, nos seus contornos, diante de motivos e figuras concretas, traz consigo a tônica da excepcionalidade, muito embora no seu aspecto teleológico, quanto às causas finais, assumam caráter singular administrativo .

2. Na sua categoria, o ato institucional resulta de uma noção conceitual integrada, ao mesmo tempo de governo ou política e de administração na sua força de executoriedade.

Diante dos numerosos atos chamados de governo, os institucionais jogam com princípios e normas constitucionais vinculadas à organização estatal ⁽¹⁾, não obstante no momento careçam de efeitos jurídicos diretos sobre os administrados.

3. A rigor, claro está que, no ato institucional, os poderes que permitem a competência devem ser exercidos sempre que os interesses estatais o imponham, sujeitando a iniciativa ao controle político e não ao controle judicial ⁽²⁾.

(1) Miguel S. Marienhoff — TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO — Buenos Aires, 1965/1970 — Vol. II — págs. 755/62.

(2) Juan Carlos Cassagne — EL ACTO ADMINISTRATIVO — Buenos Aires, 1974 — pág. 167.

O poder de editar passa, assim, a vinculado na apreciação da conveniência e da oportunidade, **vinculação** que entra numa zona que é mais política do que jurídica; em virtude do legislador não ser capaz de prever toda a variedade de circunstâncias em que o Estado seja necessariamente chamado a intervir.

4. Na finalidade, o ato institucional assemelha-se a um ato declaratório que, aceito como de atuação administrativa, na essência possui a intenção de atender uma situação pré-existente ou que se considere como tal, estando a exigir imediatas soluções.

Em matéria de **forma**, é possível que apareçam como atos administrativos políticos ou de administração política, podendo não se regular exatamente pelo Direito Administrativo, porém aparecem exigindo processos executórios que lhes emprestam caráter de ação administrativa.

5. Não vamos querer investigar ou discutir a vontade que fica por trás do ato institucional. O ato em questão há de ser examinado sob prismas subjetivos públicos, ainda que formais ou textuais na ordem constitucional. A vontade, que nele se manifesta, não é de simples expressão normada, e sim, de projeção material num dado momento político-social.

Na verdade, mesmo à parte qualificado, o ato institucional vem ligado à natureza da função política, surgindo o **interesse geral** como princípio fundamental desse tipo de função, fazendo-se característica do seu exercício a **liberdade de opção** entre as várias e possíveis soluções (3).

Todavia, no tocante aos meios a empregar, tendo em mira a defesa dos nominados interesses nacionais ou de garantia da segurança interna, o ato institucional como ato próprio de governo, transforman-

do-se em instrumento jurídico do exercício da função, sensibiliza o Direito Administrativo e previne a atuação do poder político-administrativo.

6. Da necessidade de classificar, portanto, decorrem os preceitos práticos, a atividade que se constitui finalisticamente, definindo relações entre as funções estatais, dando a cada ato conexões legislativamente figuradas, sem com isso deixar de submeter-se à condição executiva que virtualmente é administrativa.

Não é nada fácil, jamais o foi, separar ou distinguir com precisão a função governamental da função administrativa, sobretudo em razão da forma externa por que se traduzem os atos políticos ou os atos de governo, **atos** que não podem de plano subtrair-se à disciplinação jurídico-administrativa (4), inclusive o **institucional** no processo executório.

Embora a questão de denominação ou de índole jurídica possa trazer imprecisões programáticas (5), não se pode deixar de aceitar a existência do ato institucional como atuação constitucionalmente válida, já que possui realidade legislativa e jurisprudencial, ou seja, conceito de caráter próprio ou regime jurídico específico.

(4) Todo Estado, pelos seus poderes e órgãos, transforma-se em instituições, não importando a natureza do regime político. Transforma-se em valores sociais abstratos e representativos, assentes em normas legais ou costumeiras. Todo Estado, pois, corresponde a um **princípio de instituição**, colocado naturalmente acima dos indivíduos e dos grupos. Vale, para o ato institucional, nos momentos possíveis de crise, a norma imperativa da unidade do poder estatal. Quanto à instituição, aparece como de "permanência indefinida", com "atuação unificada" e uma "estrutura organizada" (L. Recasens-Siches — TRATADO GENERAL DE SOCIOLOGIA — Madrid, 1975 — pág. 460).

(5) Agustín A. Gordillo — TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO — Buenos Aires, 1975 — Vol. II — págs. XIV — 6, 7 e 47, nota 24. Diante de uma realidade político-cunjtural, não importa que sejamos contra ou a favor, tal como dispõe o mestre argentino. O que importa é o ato-fato a ser examinado. Por estarem excluídos da apreciação judicial, nem por isso os atos chamados **institucionais** deixam de existir, exigindo atuação executória e procedimentos administrativos adequados.

(3) Marcelo Caetano — DIREITO CONSTITUCIONAL — Rio de Janeiro, 1977 — Vol. I — pág. 213.

7. Nunea é bom para o observador jurista desconhecer realidades que se fazem vivas no mundo do direito público e político. Não cabe ao analista da verdade desconhecer sem examinar atos que aí estão produzindo impositivos efeitos (6), atingindo, na base, relações de direito, reformulando, pela intensão, posições pragmáticas, alterando num adequado momento a condição de relação constitucional.

O problema, à primeira vista fundamental, da revisão judicial de toda a categoria de atos (7), do controle do Judiciário sobre eles, esbarra diante de contingências circunstanciais políticas inevitáveis. Todavia, para que não se dê "conflito de poderes", a simples figuração da irreversibilidade torna, em princípio, pacífico o entendimento.

8. Ainda que os atos institucionais venham a surgir "como fruto de um poder constituinte paralelo ao do Congresso Nacional" (8), a exemplo de como, na tradição, se procedeu e se procede no Brasil, nem por isso deixam de ser assimilados pelo direito público e político, impondo, face à sua execução, a insuscetibilidade da apreciação judicial.

De certa maneira, racionalizando o conceito, por motivo da flexibilidade inerente à ampla atividade estatal, o ato institucional, tal e qual o ato político, "é aquele que promana do governo, do exercício do poder político" (9). Portanto, a impossibilidade da revisão judicial atinge de plano o ato com provada força constituinte, originário de objetivos que visam diretamente a defesa do regime e das instituições.

(6) Paulino Jacques — CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL — Rio de Janeiro, 1977 — págs. 104 e seguintes.

(7) Em tese, consulte-se: German J. Bidart Campos — DERECHO CONSTITUCIONAL DEL PODER — Vol. II — Buenos Aires, 1967.

(8) Marcelo Caetano — ob. cit. — Vol. I — pág. 588.

(9) J. Cretella Júnior — CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO — Rio de Janeiro, 1971 — págs. 198/9.

De conteúdo político, o ato institucional, forma de atividade político-administrativa prevista na Constituição (10), incorporado ao texto constitucional como mandamento nas disposições gerais e transitórias, tendo como finalidade a aplicação da lei em cada caso concreto, impõe-se assim como classe à parte entre outros atos governamentais.

9. Num ponto bastante sutil, o ato institucional diferencia-se exteriormente do ato político, porque para os **políticos** não basta a simples invocação de motivos políticos, ao passo que para os **institucionais** basta o amparo, ainda que transitório, do fundamento constitucional originário.

Diferem também dos atos discricionários, tão somente porque a discricionariedade é uma faculdade que não dispensa o apoio da lei, conquanto os atos institucionais têm suporte em força constituinte (não poder) assegurada numa Constituição para a preservação das instituições vigentes constitucionais.

10. Dois pressupostos fáticos incidem sobre as causas primárias que dão origem ao ato institucional, e que de sorte se podem formalizar do exercício efetivo da função de governo:

1.º — dentro de períodos revolucionários, da transformação de valores na ordem política, o ato institucional necessita independe de apreciação judicial;

2.º — nos períodos normalizados, das instituições vivendo harmônicas com os fins, embora a tônica política seja determinante, o ato institucional pode sofrer a sanção judicial.

Não é porque o ato institucional exteriorize-se certo ou duvidosamente aplicado que ele deixa de existir, a nível constitucional, como ato singular provindo de força constituinte.

(10) Título V, Arts. 181 e 182, da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. V. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho — DA COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA — Origens Constitucionais e Fundamentos Jurídicos — São Paulo, 1977 — Relação de Competência Específica — págs. 33/4.

11. Circunstâncias existem em que a medida possa vir *sem causa*, ou mesmo, ferindo consagrados direitos individuais, passando, logo depois, a exigir definição judicial. Nada mais perigoso do que afirmar-se, *a priori*, que o ato institucional não possa trazer ou provocar tal ou qual efeito lesivo.

De direta e imediata eficácia mandamental, mesmo produzindo lesão ou constrangimento, todavia, prepondera o elemento constitucional, impondo-se que se busque a existência ou a inexistência do fato, mas do *fato* em razão das regras de ordem pública e natureza política.

12. Em princípio-tese, “quando se diz que os atos de algum poder, praticados no passado, em virtude de alguma regra jurídica de competência, não podem ser objeto de apreciação judicial, tal enunciado não pré-exclui a competência da Justiça para verificar se o ato foi praticado com observância, ou se a resolução foi tomada com a observância do estatuto que se menciona” (11).

Por certo, enquanto não se apagam as regras jurídicas vigentes incidentes numa Constituição (12), todo problema de apreciação judicial é um problema de futuro, nem por isso deixando-se de levar em apreço a verdade de que os atos institucionais fazem categoria especial ou singular na teoria dos atos de governo.

13. Incontestavelmente, não é prudente confundir-se os órgãos do Estado-poder com as funções apenas explícitas, nem tampouco com as atividades que normalmente a especificam. Contudo, sejam algumas atividades transitórias, no tempo jurídico produzem atuação inapreciável nos efeitos imediatos e não mediatos.

Só razões históricas, porém, na teoria e prática da separação dos poderes, conseguem explicar controvérsias que justificam, em certos

momentos, o Poder Executivo desdobrando-se na ordem governamental e política, desdobramento esse no limite de prerrogativas que enfeixam permitidos condicionamentos intervencionistas.

14. Tais atos característicos, no entanto, passada a fase de transitoriedade, poderão ser objeto de apreciação “se em sua consecução ferirem direitos subjetivos dos indivíduos ou desconhecem a ordem jurídica normativa vigente, segundo a maior ou menor extensão das atribuições conferidas ao Poder Judiciário” (13).

O equívoco que atrai a doutrina reside no fato de não se conseguir conceituar, com adequada precisão dogmática quanto à ação do Estado-poder, quais aqueles atos de regime político ou aqueles atos que ampliem limites que se aconselham nas diretrizes constitucionais legisladas.

15. Pelo que se observa, a questão como se propõe não é apenas de nomenclatura, pois, no âmago, atinge pelo exemplo dos atos institucionais finalidades que lhe são próprias, situações jurídicas objetivas e que se podem transformar em subjetivas, tendo em conta o exercício momentâneo de poderes autoritários.

Na expressão de prática política governamental, admitindo-se largo conceito geral para os atos administrativos, a distinção qualificadora apega-se ao móvel de conteúdo político, no modo direto e imediato de produzir efeitos, afastando o controle da Justiça e danuando atividade ao Executivo nos termos legais emergentes e constitucionais (14).

16. Permanece, contudo, no tocante à executoriedade de certos atos institucionais, o grave problema jurídico da possível nulidade.

(13) Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO — Rio de Janeiro, 1969 — Vol. I — pág. 47.

(14) Em tese e na doutrina: Paul Duez — LES ACTES DE GOUVERNEMENT — Paris, 1935; Michel Dendias — LA FONCTION GOUVERNAMENTALE ET LES ACTES DE SON EXERCISE — Les Actes de Gouvernement — Paris, 1936.

(11) Pontes de Miranda — COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1967 COM A EMENDA N.º I DE 1969 — São Paulo, 1972, — Vol. VI — pág. 425.

(12) Pontes de Miranda — ob. cit. — Vol. VI — pág. 437.

Se a ação de força política faz-se de conformidade com os poderes outorgados, vale e está fora de apreciação judiciária. Em caso contrário, "a decretação judicial da nulidade pode ocorrer" (15).

Também, além da nulidade por desconformidade com os poderes outorgados, pode surgir o problema da revisão institucional, que, tomada a rigor, decorre de dois motivos:

1.º — em virtude do desaparecimento das causas que justificaram a medida excepcional, porventura exauridas na sua extensão temporal, apreciadas então quanto à desconstituição do fato;

2.º — pelo submetimento, ao mesmo poder, do exame da regra político-jurídica que na sua prática ousou ferir direitos protegidos e tutelados pela rigidez da Constituição.

Dessarte, os atos institucionais, atos de governo e de comando político, como todos os atos do Poder Executivo, "inclusive os ditados no exercício de uma atribuição outorgada de forma direta e imediata por uma disposição constitucional expressa" (16), embora sujeitos à regulamentação legislativa, são atos quem sabe nulificáveis e revisíveis.

17. Essa é a tese, pelo menos nas modernas Constituições. Entre o que está afirmado no pensamento doutrinário e a norma constitucional vigente imperativa, nos regimes políticos fundados em jurídicas garantias individuais, os atos de governo, quando marcados de transitoriedade *in tempore*, sujeitam-se ao apelo judicial, e, *in casu*, à revisibilidade possível ou não.

(15) Pontes de Miranda — ob. cit. — Vol. VI — pág. 435. V. Oliveira Franco — ob. cit. — A competência na fonte constitucional — págs. 36/7.

(16) Agustín A. Gordillo — INTRODUCCIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO — Buenos Aires, 1966 — pág. 139.

As opções básicas (17), no campo do direito político, residem, não necessariamente, na centralização das decisões, tendo de momento como objetivo maior manter preservadas as instituições, embora transformações possam ocorrer. Há uma característica dominante, portanto, que é a da temporalidade.

18. Sem dúvida que o Direito Constitucional, como o "ramo da árvore jurídica mais imediatamente afetado pela ocorrência revolucionária" (18), sofre movimentos de força, alterando condicionamentos políticos e afastando-se circunstancialmente dos limites normativos do ordenamento jurídico.

Coloca-se, assim, "na condição de um fato normativo, criador de uma norma fundamental em que se vai fundar um novo poder constituinte" (19). Todavia, passada a fase de poder constituinte, nas revoluções que se qualificam institucionais, os atos editados, quando depois provados lesivos nos efeitos, apreciam-se, passam a anuláveis, revisam-se ou não se revisam.

19. Bem analisando os atos de governo diante dos fatos históricos, "depreende-se que os atos de governo estão sempre permeados pelo político, pelo constitucional e pelo administrativo, quer se trate de atos estritamente administrativos, quer projetem conotação mais ampla, institucional" (20).

(17) "Com efeito, o estudo dos atos institucionais — sua natureza, seu objeto, seus elementos, seus efeitos — implica situá-los em face dos atos de governo e dos atos administrativos. A compreensão sobre o que sejam atos de governo e atos administrativos exige o deslinde de certas questões fundamentais, sobre as quais não há unanimidade, conquanto se possam admitir como respeitáveis inúmeras das posições e científicas algumas das posturas existentes na doutrina. São questões concernentes à divisão de poderes; ao fim do Estado e às funções de governo; ao conteúdo dos conceitos de interesse público; função pública e serviço público; ao objeto do direito administrativo e às relações deste com o direito constitucional e a ciência política; à discussão acerca da dicotomia direito público — direito privado, enfim" (Fonte: Jessé Torres Pereira Júnior — OS ATOS INSTITUCIONAIS EM FACE DO DIREITO ADMINISTRATIVO — Inédito — Rio de Janeiro, 1977).

(18) A. L. Machado Neto — SOCIOLOGIA JURÍDICA — São Paulo, 1973 — pág. 219.

(19) A. L. Machado Neto — ob. cit. — pág. 220.

(20) Jessé Torres Pereira Júnior — trab. cit. — Rio de Janeiro, 1977.

O dilema, na evolução político-constitucional, é bastante sério, motivando justificada preocupação doutrinária (21). Principalmente depois de passados os fatos causais circunstancialmente políticos, firmados outros princípios, ou então, exauridas disposições mandamentais tornadas pelo tempo inexistentes.

20. Há os que entendem, absorvidos tais atos de governo pela evolução histórica, que, tendo produzido efeitos jurídicos diretos sobre terceiros, em algum tempo sofrerão ou poderão sofrer apreciação judicial, já que as regras aplicadas por razão de certos motivos deixaram de vigir para o Estado como "direito natural de autodefesa" (22).

Circunstancial, por excelência, embora de ostensivo caráter político declaratório, o ato institucional, gênero singular ou espécie constitucional, só pode ser com exatidão qualificado no preciso momento da sua edição, nada depois impedindo o reexame acaso ocorram alterações políticas no curso do processo histórico.

21. Anote-se, pelo evidente realismo dos fatos, com respeito aos atos institucionais, que tais atos na extensão são na prática atos administrativos, "cujos motivos são da discricionariedade governamental, podendo ou não produzir efeitos jurídicos sobre direitos individuais, e cuja finalidade é prevenir danos sociais e atender aos interesses da segurança e do desenvolvimento nacionais, nos termos da Constituição e legislação pertinente" (23).

(21) É admirável a colocação trazida à temática por **Jessé Torres Pereira Júnior** com respeito à "encruzilhada" em que se encontram os estudiosos da ciência política. Invocando **Juan Carlos Cassagne** chega a informar que "inexiste a categoria de atos de governo, pela simples razão de que os atos assim catalogados pela doutrina e jurisprudência européias são, na verdade, atos administrativos sujeitos, como todo ato administrativo, ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário". É essa uma posição assaz respeitável, digna de estudos não tendenciosos, em virtude não só das inevitáveis mudanças institucionais, como também das inevitáveis transformações político-constitucionais.

(22) **Bernard Schwartz** — CONSTITUTIONAL LAW — New York, 1972 — pág. 43. V. **Oliveira Franco Sobrinho** — DA COMPETÊNCIA — ob. cit. — págs. 34/6.

(23) Fonte: **Jessé Torres Pereira Júnior** — OS ATOS INSTITUCIONAIS EM FACE DO DIREITO ADMINISTRATIVO — cit. — Rio de Janeiro, 1977.

Numa opinião abalisada (24), os atos institucionais, "na atualidade brasileira e em face da nossa sistemática constitucional, são virtuais atos de governo, portanto, atos administrativos atípicos, sendo, por tal razão, atacáveis pela via judicial quando lhes faltar a base de poder revolucionário sobre a qual são editados".

22. Embora, como já fizemos entender, a raiz do ato institucional esteja no seu aspecto teleológico, na sua estreita relação com a organização e sobrevivência do Estado, "é o próprio tempo que o sujeita em princípio a um sistema de controle político e não judicial" (25).

Conseqüentemente, o problema de tempo jurídico e de momento constitucional opera de maneira decisiva a que tais tipos de atos venham a legitimar-se na executoriedade, nada se podendo prevenir quanto a situações futuras constitutivas de outros princípios fundamentais de organização política estatal.

23. Nos Estados chamados modernos, o institucionalismo, ou seja, o fenômeno institucional impõe a influência do **todo** sobre as partes, influência que traduz tutela e submissão na defesa do conjunto político-orgânico-estatal.

O Estado, como a **instituição das instituições**, domina o vasto campo institucional (26), baixando decisões formais ou atos que, na exteriorização, respondem por concepções de unidade na divisão, por um sistema fechado de organização capaz de evitar pressões e conter, tutelando, os comportamentos políticos.

(24) **Jessé Torres Pereira Júnior** — trab. cit. — Rio de Janeiro, 1977.

(25) **Juan Carlos Cassagne** — ob. cit. — pág. 167.

(26) **Roland Maspétiol** — LA SOCIÉTÉ POLITIQUE ET LE DROIT — Paris, 1957; P. C. **Timbal** — HISTOIRE DES INSTITUTIONS ET DES FAITS SOCIAUX — Paris, 1957; **Jean Meynaud** — LES GROUPES DE PRESSION EN FRANCE — Paris, 1958; **Marcel Prélot** — INSTITUTIONS POLITIQUES ET DROIT CONSTITUTIONNEL — Paris, 1960.

24. A existência de uma categoria de atos, os **institucionais**, de caráter político, objetiva precisamente, num dado momento jurídico-histórico, excluir o controle judicial. Todavia, embora possuídos de conteúdo político, “se violarem a lei, ofenderem direitos ou causarem danos, cumpre estarem sujeitos à apreciação do Judiciário” (27).

Sem que se queira negar a relevância da variada atividade estatal na direção superior da vida política, tendo em conta atos “que formam e manifestam originariamente” (28) a vontade do Estado, a *sã doutrina* diz que, na extensão do conceito geral, “todos são atos administrativos ante o objetivo que têm em mira”.

25. Contudo, impossível é deixar de considerar, em se tratando de regimes políticos (29), se permanecem ou não limitações ao poder judicial de revisar, isto é, de receber, para apreciação, atos que consumaram os seus efeitos no tempo histórico.

Há, sem dúvida, limitações particulares ou gerais que traduzem finalidades nem sempre proscritas de natureza ideológica e política. Outras, que ficam mencionadas expressamente no texto das Constituições, impedindo ou limitando posterior consideração revisora.

26. Na relação jurídico-pública, onde o Estado é sujeito ativo, a palavra **responsabilidade** assume expressão indeterminada, levando para a sua aferição o exame de cada situação jurídica em face da conduta anterior do poder político.

(27) Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — PRINCÍPIOS — cit. — Vol. 1 — pág. 417.

(28) Bandeira de Mello — ob. cit. — Vol. 1 — pág. 418

(29) Outro ponto a indagar reside na conceituação jurídica dos regimes políticos, dos princípios que lhes são originários e quanto àqueles princípios que se inovam suprimindo anteriores determinações. Ressalte-se que, quando exercitado, o ato institucional cria uma manifestação válida, de eficácia discricionária. ? Desaparecida a norma antiga originária, desaparecem na realidade fenomênica, os efeitos oriundos, resultantes, na oportunidade, de conveniência política? Este é o grande problema em foco: examina-se um ato institucional ou o que através dele se exercitou diante do interesse atual ou diante da ordem político-jurídica em que foi praticado?

Nada, na verdade, mais complexo, a se aceitar a existência de responsabilidade, que admitir um novo juízo, divorciando o interesse atual do interesse passado (30), separando efeitos consumados de possíveis direitos que passam a vigir em decorrência direta de outros e novos princípios.

27. Conquanto o poder de apreciação judicial possa não ser absoluto, marca-se na espécie dos atos institucionais por regras vinculadas a normas passadas e atuais e que podem estabelecer outros pressupostos, sem qualquer afronta à ordem político-jurídica anterior.

Reconheça-se que, na teoria, tanto os atos institucionais como os atos discricionários apresentam graves dificuldades de posição e conhecimento jurídico, principalmente no tocante aos limites e à natureza peculiar ou singular a cada espécie de ato (31).

(30) Na doutrina, consulte-se a posição de Renato Alessi em matéria de fixação do interesse público, mas evidentemente, no tocante à possibilidade revocatória que, inclusive para os atos administrativos qualificados, conduz a dúvidas que só através da análise concreta de cada caso podem ser equacionadas (V. LA REVOCA DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI — Milão, 1965 — pág. 55).

(31) Como no geral todo ato de natureza administrativa destina-se a produzir efeitos jurídicos, o problema da eficácia decorre necessariamente dos casos concretos e dos indispensáveis requisitos intrínsecos de validade. Importa, para a perfeição do ato jurídico administrativo, a verificação dos requisitos que fazem do ato um ato eficaz, considerando-se por eficácia aquela aptidão legal para o exercício pleno de certas atividades de governo ou de administração. Quando falamos de exercício pleno, estamos a dizer sem reservas conceituais que, muito embora a doutrina torne imprecisa a problemática, dentro dos requisitos encontram-se os elementos condicionais de conteúdo do ato, a forma e a sua expressão de vida jurídica. Conturbada no sentido das pesquisas e conseqüentes posições doutrinárias, nas pesquisas onde pontificam pelo realismo alguns especialistas que, orientando e consolidando o pensamento científico, merecem justa lembrança: Recaredo F. de Velasco, Michel Stassinopoulos, Manuel Maria Diez, Fernando Henrique Mendes de Almeida, Renato Alessi, José Roberto Dromi, Julio E. Cabral, Paul Duez, Juan Carlos Cassagne, Humberto Frago-la, Bartolomé A. Fiorini, Maria Rivalta, Alberto Ramon Real, Fernando Garrido Falla e Roberto Enrique Luqui, entre outros que através de monografias e estudos em periódicos valorizam a investigação e passaram a influir para a adequação de conceitos até então abstratos.

Não há, por assim dizer, a não ser diante de casos rigorosamente concretos, uma noção conceitual exata ou inconfundível que leve a fórmulas rígidas e doutrinariamente induvidosas.

28. Genericamente atos de governo, os institucionais, à maneira dos discricionários, importantes para qualquer regime político-administrativo, sob ponto-de-vista puramente jurídico, não se fazem de fácil definição e qualificação doutrinária, já pelos motivos ou então pelos reais condicionamentos de fato (32).

Considerando que a competência política envolve a natureza de uma função específica e determinada, o problema a examinar pode ser de abuso ou excesso de poder, porque, quanto à eficácia, torna-se indiscutível quando decorre de condições no momento válidas.

29. Em bons termos, a revogação possível ou a apreciação judiciária do ato institucional, ou de outros atos editados com base nele, é uma contingência de regime político e de tempo jurídico, respeitadas as circunstâncias próprias de cada caso.

Obviamente, pelo sentido e efeitos da nulificação, ou do caso **in concreto** levado a exame judicial, as conseqüências decisórias não de produzir resultantes sobre o passado, alterando situações e posições até então inalteráveis e insuscetíveis de revisibilidade.

(32) Evidente que, num sentido objetivo de sistematização, definido e qualificado o ato jurídico-administrativo, ganham grande relevo os critérios classificatórios, tipológicos por excelência quando enquadram situações e categorias, realidades e distinções de relação jurídica. De certa maneira todas as classificações são boas porque conduzem a fins práticos, não obstante possam variar de concepções que decorrem de regime político e jurídico ou da organização do próprio Estado administrativo. Tal como a definição, *strictu sensu*, de ato administrativo, as classificações, quase sem exceção, buscam adequar os tipos aos fins legais, às formas permitidas de atuação, revestindo-se assim cada ato-tipo conforme a manifestação de vontade de executar. Atenda-se ao que diz Marcelo Caetano: "... fiz agora a conta das classes e tipos de atos a que, no final de quarenta anos de edições sucessivas do meu MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, eu tinha chegado. E verifiquei que lá se encontram 23 classes de atos e 14 tipos" (V. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO — Rio de Janeiro, 1977 — pág. 123).

30. Não existem dúvidas, portanto, de que condições especiais de regime político são as constantes nos atos institucionais. Quanto aos fatores de relevo, possuem um denominador comum de vontade provocada e de finalidade objetiva, **denominador comum** que decorre do único pressuposto, a defesa do Estado.

Não obstante, toda a definição que se procurar é lata e inclui motivos diferenciados, já que o poder político, como expressão máxima dos poderes estatais, embora assumam peculiares atributos de soberania nos vários regimes, traz como elemento básico fundamental a idéia de intervencionismo vigilante e monopolizador dos controles de segurança.

31. Mostra a experiência, no tocante aos regimes políticos, que os poderes conferidos ao Executivo, excepcionais muitos deles, não se exercitam, embora digam com a vontade estatal, sem um tipo de processo que vai do elemento **causa** ao elemento **finalidade** (33).

No ato institucional, certamente o menos formal dos atos de governo, a liberdade dada pela Constituição muito se assemelha à do ato discricionário pela aparente inespecificidade, não perdendo jamais o seu caráter de natureza funcional.

32. Natural que, fenomenologicamente, as modalidades de estrutura do poder político possam variar, e variar muitas vezes num mesmo tipo de sociedade tradicional ou histórica (34), passando o Estado a agir e a reagir diante de forçadas alternativas circunstanciais.

(33) No Brasil, o Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, incorporado à Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, por força do seu Art. 182, estruturou-se através de **motivos causais** e de **finalidades explícitas**.

(34) Toda classificação, quando possível, faz-se de grande importância devido à variedade dos atos de governo, institucionais ou puramente administrativos, considerando a eficácia, a delimitação da competência, divergências que possam haver entre os fatos e a vontade declarada, levando *in tempore* à nulificação ou à anulabilidade. Quanto às mutações ocorridas, consulte-se: Manoel de Oliveira Franco Sobrinho — HISTÓRIA BREVE DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL — Curitiba, 1970.

Nem por isso, porém, mesmo que se visem a possíveis altos interesses postos em causa, o poder político quando chamado a intervir, em maior ou menor grau, não deixa de considerar o que chamamos de **formalidade**, vinculado que está no seu exercício pela norma constitucional.

33. Nas Constituições rígidas, contudo, é flagrante o conflito com a transitoriedade de certas normas, ganhando importância essencial e fundamental o modo pelo qual a vontade estatal se manifesta, exteriorizando-se nos seus imediatos efeitos.

Verifique-se, ainda mais, que o poder político a qualquer tempo poderá decretar a cessação da vigência de atos definidos como institucionais ou de "dispositivos que forem considerados desnecessários" (35).

34. O que se quer, nos atos institucionais, é que haja, quando exercitados, razões de direito ou razões de fato, não simples presunções ou pressupostos que possam invalidar a **legalidade do fim** pela inobservância de preceitos reguladores.

Necessariamente, nos atos institucionais, como atos administrativos de governo e de conteúdo político, — significado qualificador esse bastante adequado à natureza da atuação governamental, — é indispensável que neles se observe também a norma em decorrência dos fatos tal como no momento se apresentam.

35. Definido o fim a atingir, obedecida a formalidade prescrita, examinados os aspectos concretos das circunstâncias existentes, os poderes que vinculam a norma à vontade, torna-se operante a faculdade de atuar dando ao ato eficácia subjetiva quanto às pessoas e eficácia temporal em relação ao tempo.

De qualquer modo, o apuramento das circunstâncias de fato é impreseindível como fator-elemento na formação de ato ou de atos com base em atos institucionais, tendo em conta precisamente a condição de eficácia temporal, porque, do contrário, o Estado-poder seria um só no espaço e no tempo histórico.

(35) Emenda Constitucional n.º 1, art. 182, Parágrafo Único, aparecendo como uma condição ser "quido o Conselho de Segurança Nacional".

A ADVOCACIA E A EVOLUÇÃO DA EMPRESA

JACY DE SOUZA MENDONÇA
Chefe do Serviço Jurídico da Volkswagen
do Brasil S.A.
Professor nos cursos de Pós-graduação da
PUC em São Paulo

O que distingue a espécie (advogado de empresa) do gênero (advogado) é a natureza de sua clientela, o complexo de seus interesses e a problemática jurídica que daí emerge. Convém, pois, refletir sobre estes temas na abertura de um curso de especialização para advogados de empresa.

I

Conta a história que a atividade laboral do homem foi primariamente agropecuária, fazendo-se sucessivamente comercial, artesanal e industrial. Por outro lado, quanto à forma de desempenhá-la, a tendência foi sair do esforço individual para aproveitar a energia familiar conjunta, culminando com a formação de grupos heterogêneos que foram se transformando cada vez mais numa associação anônima.

No momento em que atingiu a maturidade, o núcleo de produção econômica não se identificava mais com o indivíduo que o idealizara ou fundara, nem com seu grupo familiar. Aqueles que assumiram a administração e dela procuraram extrair vantagens não estavam já ligados pelos laços do sangue nem por sentimentos de amizade, mas puramente por interesses econômicos. Assim sendo, natural seria a ocultação dos interessados, o desaparecimento das individualidades. A participação dos sócios se fez então absolutamente anônima. Papéis com valores e rendas assumiram o lugar das pessoas. O empresário deixou de ser o dono, o responsável direto e público pelo negócio, assumindo a figura do capitalista, do proprietário de papéis, do especulador de rendas. Deu-

Aula inaugural do Curso de Advocacia de Empresas, — Faculdade Paulista de Direito — PUC-SP — 29.04.77.

-se a transição da propriedade material, sobre os objetos que constituem o estabelecimento empresarial, para a propriedade imaterial, sobre os direitos e ações que os papéis representam. Surgiu a empresa.

Óbvias as vantagens para o titular de ações: menos trabalho, ou até nenhum, sem prejuízo para o capital investido; mais fácil distribuição dos riscos sobre o investimento, em razão da possibilidade de diversificação das aplicações numa pluralidade de empresas; maior liquidez do patrimônio, pois a conversão de um ou vários lotes de ações em dinheiro é evidentemente mais fácil que a negociação de um estabelecimento industrial; acima de tudo, a grande vantagem da obtenção de resultados com limitada responsabilidade pelos riscos.

Se as vantagens se fizeram assim evidentes, não deixaram de surgir também, em compensação, desvantagens: a titularidade de ações tem o sabor da propriedade fictícia pelo impalpável de seu conteúdo; o rendimento do capital deixou de ficar condicionado essencialmente à dedicação e ao trabalho do titular do negócio para variar ao sabor de decisões coletivas sobre a maior ou menor distribuição de lucros, as chamadas de capital, a manutenção ou capitalização de reservas. Aos poucos, no processo de decisão sobre os destinos e resultados da empresa, passaram a tomar parte pessoas que não integram o grupo titular do capital.

Na evolução histórica deste fenômeno observa-se, de início, o conflito dos **acionistas contra o proprietário original** do estabelecimento. Alguns acionistas assumem os direitos de propriedade de que era titular o empresário individual e passam a exercê-los em nome e por vontade de terceiros. Gradativamente, mesmo a maioria acionária vai perdendo significado e o controle do processo de decisão empresarial é assumido por ativas minorias frente à maioria inerte dos acionistas que, desempenhando o cômodo papel de investidores irresponsáveis, preocupam-se tão-somente com os resultados finais de Bolsa e balanços. Dizem as estatísticas que um terço de acionistas é suficiente para o controle dos destinos sociais. Além disso, a imaginação criadora fez com que surgissem ainda conglomerados de empresas que, na complexa tecitura das "holdings", assumiram controles globais.

Restou às minorias acionárias desprotegidas buscar amparo legislativo que lhes garantisse um mínimo de direitos, suficientes à proteção mais elementar do capital investido. De uma forma ou outra, foram-lhes preservadas as faculdades de controlar a empresa pela verificação de seus livros; de participar da administração, escolhendo número mínimo de administradores; de recuperar o patrimônio investido (ao menos parcialmente) pelo direito de recesso face a decisões contrárias aos fins essenciais da entidade, e de negociar suas ações com limites mínimos de preço.

Na realidade, porém, o papel desempenhado pelas minorias acionárias continuou também assemelhado ao de investidores privilegiados, de credores sem necessidade de trabalho e com o mínimo de riscos. Este posicionamento equivalente de acionistas majoritários e minoritários, procurando o investimento irresponsável, fez com que historicamente surgisse a vitória do administrador sobre o acionista.

O primeiro passo nesta direção foi a escolha de administradores por uma eternizada ficção eleitoral que, na verdade, nunca passou de mera designação de controladores. Somou-se a esta sistemática a crescente complexidade da empresa moderna, com a industrialização e comercialização de grandes inventos tecnológicos, exigindo, em consequência, técnicos super-especializados, raros no mercado de trabalho. Deles passou a depender o oferecimento de novos produtos ao consumo; deles passou a depender o volume dos dividendos a distribuir. Combinada esta situação com a crescente dispersão dos investimentos em ações, enfraqueceu-se a posição do acionista e a empresa saiu de seu domínio, submetendo-se ao dos Diretores. A estes ficou reservada a tomada de todas as decisões importantes, silenciosamente corroboradas por assembléias gerais meramente formais; assim, planejamentos de produtos, programações, orçamentos, aumentos de capital, formação ou não de reservas voluntárias, distribuição ou não de lucros, investimentos ou não em determinado setor, ficaram totalmente entregues a Diretores formalmente eleitos mas efetivamente detentores do poder econômico graças a seus conhecimentos técnicos e administrativos, é certo, mas graças principalmente às manobras de delegações de votos e acordos prévios de decisão que os eternizaram no comando.

Entre os tipos de administradores verificou-se também interessante transformação na empresa: inicialmente os administradores de produção foram tidos como os fundamentais, pela carência de conhecimentos técnicos, e, por isso, a eles ficou reservada a posição de destaque e a maior parcela das decisões; o interesse pelo lucro, porém, fez com que se destacassem gradativamente o administrador de "marketing" e, principalmente, o administrador financeiro. Hoje, assistimos à rápida ascensão do administrador de recursos humanos, na medida em que a crescente complexidade da empresa se combina com modernas exigências de mão-de-obra qualificada ou especializada, carente de seleção acurada, preparação, treinamento, coordenação e efetiva liderança.

Observando sob outro aspecto, o processo econômico rejeitou a administração individualizada e passou a exigir a coletivização da decisão, movida não só pela hipertrofia da empresa, por sua crescente complexidade técnica, mas principalmente pelo fato de que as informações encontram-se hoje dispersas, sendo impossível concentrá-las numa só pessoa ou mesmo num pequeno número de administradores.

A história nos mostra, então, a produção econômica sucessivamente dirigida pelo titular individual, pelo acionista e pelo Diretor. O fenômeno mais importante de nossa época, todavia, é o **acesso dos operários ao processo de decisão empresarial** e à participação nos resultados.

Pode-se admitir que, ao alvorecer da revolução industrial, a posição do operário dentro da empresa não se diferenciava em muito da posição de escravo. As conquistas operárias foram lentas e sofridas. E continuam em fase de concretização paulatina. Para que se tenha disso uma imagem plástica entre nós, basta comparar o capítulo do Código Civil Brasileiro relativo à prestação de serviços com a Consolidação das Leis do Trabalho, ou observar a evolução da própria CLT nos nossos dias. Este fenômeno tem lugar em virtude da dependência dos resultados da empresa ao maior ou menor rendimento da energia de trabalho operário; dá-se em virtude do grande número de operários, em proporção ao dos acionistas; dá-se em virtude da maior gravidade dos interesses vitais dos operários em comparação com os interesses meramente financeiros dos acionistas; dá-se impulsionado pelo concomitante acesso

das massas às decisões políticas; dá-se em virtude da impossibilidade de manter eficientemente ativos empregados gravemente insatisfeitos pelo desatendimento de radicais exigências de sobrevivência.

Fato é que o operário, depois de consolidar sua posição estrita de operário dentro da empresa, conseguindo a garantia de salários e condições mínimas de trabalho; depois de — em vários países — obter a garantia de estabilidade no emprego, o seguro desemprego e a equiparação dos proventos de inatividade com o salário da atividade, passou à conquista de posição na empresa equivalente à do acionista. (Aqui não me refiro, evidentemente, à situação brasileira, mas à de países já intensamente industrializados como a Alemanha Ocidental e a Suécia).

Em primeiro lugar, foi o direito à plena informação sobre a vida mais profunda da empresa; em seguida, a prerrogativa de ser consultado previamente em decisões que repercutem ou possam repercutir sobre sua condição. E qual a decisão que não tem ou não terá este alcance na empresa?

Não pararam aí as conquistas operárias. São inúmeros os exemplos de iniciativas operárias relativas à própria operacionalidade da empresa, com o conseqüente reconhecimento de seu direito à tomada de decisões sobre a forma e condições do desempenho do trabalho. Com isto cresceu, também, o índice de responsabilidade dos trabalhadores.

No Brasil, há uma conquista operária muito importante, anunciada como regra programática na Constituição Federal — a participação nos lucros. Ideal cuja concretização só recentemente e timidamente se iniciou entre nós, através da formação de fundos de participação sob controle oficial. Sem dúvida, a concretização desta participação dos lucros é difícilíssima: os operários não têm condições de exercê-la; os empresários não têm interesse em concedê-la. Estes os motivos pelos quais países super-industrializados não buscam este objetivo, mas se satisfazem com a instituição de sistema de participação dos empregados na gestão dos negócios, o que lhes assegura posição sólida na empresa e remuneração compatível com os resultados operacionais. Considera-se assim, hoje, mais importante a co-gestão que a participação nos lucros.

Esta co-gestão, até há pouco tida como irrealizável ideal de perfeição, foi já implantada na Alemanha Ocidental e na Suécia, onde empresas com mais de 2.000 empregados têm obrigatoriamente um Conselho Consultivo integrado em 50% por representantes eleitos pelos empregados; a par disso, um Conselho de Empregados em paralelo com a Diretoria, de cuja prévia aprovação depende toda e qualquer decisão que implique ou possa implicar em interesses dos operários. E volto à pergunta: qual a decisão dentro da empresa que não se integra nesta possibilidade?

Em muitas empresas, além disso, o Diretor de Recursos Humanos é eleito dentre candidatos indicados pelos representantes dos próprios empregados no Conselho Consultivo.

Este mesmo sistema de co-gestão operária vem de ser proposto na Inglaterra, onde enfrenta ainda resistências políticas. É provável, porém, sua implantação em aproximadamente 1.800 companhias inglesas. A Inglaterra está, na verdade, amadurecida para este passo, já que seu sistema social atingiu estágio dos mais aperfeiçoados do mundo. É, exatamente, neste momento, quando satisfeitas as exigências específicas dos operários como operários que se processa, naturalmente, a co-participação.

A eficiência do sistema é atestada pelo aumento do índice de satisfação e responsabilidade dos empregados (demonstrada pela inexistência de greves), pelo declínio estatístico das reclamações trabalhistas e, mais que isso, pelo aumento do percentual de reclamações julgadas improcedentes. De forma dramática foi ele já testado com absoluto sucesso em situações nas quais os representantes de empregados foram obrigados pelas circunstâncias a decidir contra interesse de grupos operários, tendo em conta o bem comum da empresa.

II

Não custa enfatizar que se trata aqui de mera descrição do que ocorre na empresa capitalista de hoje. O lado socialista do mundo não conhece esta caminhada, porque transformou o Estado em acionista úni-

co e os burocratas em administradores. Ao operário restou a posição mais ou menos disfarçada de escravo, submisso à vontade do Partido, monstro intangível justificador de toda arbitrariedade.

Nem se trata de programa mais ou menos ambicioso de transformação social, pois nesta matéria não cabe prever, mas somente observar. Esta a realidade, o que está se passando aos olhos de quem quer ver.

A mutação do mesmo fenômeno entre nós é questão de tempo e circunstância apenas. Certamente o sistema econômico brasileiro não atingiu a desejável maturidade para transformação de tal monta. Nosso produto nacional bruto é deficiente. Os problemas do balanço de pagamentos são graves. A carência de tecnologia própria, truismo chocante. O motivo fundamental, porém, determinante da defasagem desta evolução entre nós é o despreparo dos trabalhadores para uma tomada de consciência do papel que têm a desempenhar no mundo moderno, co-participando do processo de desenvolvimento não em condição subalterna, não como parte contrária aos detentores do capital no processo de produção, mas como co-autores de uma mesma obra, com direitos equivalentes. Para atingirmos este estágio, deveremos quebrar férreo círculo vicioso, pois o despreparo do operário não lhe permite condições econômicas necessárias a poder preparar-se. Mas a ruptura deste dilema ocorrerá um dia.

Não se trata, também, afinal, de juízo crítico positivo ou negativo sobre os fatos observados. Trata-se pura e simplesmente de constatação.

III

A análise destes fatos mostra que o centro de interesses do núcleo de produção está se deslocando. Inicialmente, interessavam apenas os objetivos do proprietário do estabelecimento e seus familiares; com o advento do acionista como titular do capital e controlador da administração, foram, em primeiro lugar, os interesses da maioria acionária e, em seguida, também, os da minoria; a ascensão dos Diretores ao poder não eliminou a importância dos interesses financeiros dos acionistas, mas

acentuou, em paralelo a eles, a co-existência de interesses da empresa em si mesma, dos quais os Diretores se investem como defensores; o advento dos operários, afinal, ao nível de co-gestores e co-participantes do processo de produção, revoluciona o sistema, pela ênfase à co-existência de interesses heterogêneos a coordenar e harmonizar dentro da empresa: os peculiares a ela como núcleo de produção econômica, os relativos à compensação financeira do capital acionário investido e os interesses existenciais dos que devem conviver diariamente no trabalho produtivo. A empresa vai aos poucos perdendo a unicidade de sua teleologia para se transformar em centro de convergência de complexos e heterogêneos objetivos daqueles que conjugam energia em busca de um resultado econômico, sem esquecer que se trata de um ambiente existencial, onde se esvai a terça parte da vida humana e, por isso mesmo, ambiente que se exige adequado a esta convivência; que se exige, para isso, modelado por aqueles mesmos aos quais se destina. O esforço laboral não é dispendido como fim em si mesmo; mas como meio para a plena realização dos que trabalham no recesso da família a que pertencem e da sociedade de que participam ou devem participar.

IV

Missão genérica do advogado é trabalhar pela implantação da justiça no convívio. Na distribuição de papéis com Juizes, Promotores Públicos e todos aqueles aos quais cabe a mesma obra, incumbe-lhe orientar seu cliente para a realização de atos nos quais o aspecto jurídico seja importante, assisti-lo no exercício de seus direitos ou representá-lo na defesa de interesses legítimos feridos por terceiros. A correta orientação e defesa do cliente está condicionada, entretanto, ao perfeito conhecimento de sua natureza. Se se trata de cliente em fase de transformação, a imagem que dele se tem não pode estagnar-se em determinado momento.

Impende, portanto, clara tomada de consciência dos reais interesses da empresa moderna por aqueles que se propõem a assisti-la na prática de atos jurídicos ou defendê-la quando lesados seus direitos.

Objetivo desta exposição foi destacar que o complexo destes interesses, com relação à empresa — vossa futura cliente —, já não se

limita hoje à vontade arbitrária de algum proprietário de estabelecimento, por mais fechado que seja ou pareça ser o capital social; não se confunde com os interesses mais ou menos cúpidos de acionistas majoritários ou minoritários; não se identifica com as idéias mais ou menos fecundas de administradores mais ou menos arbitrários, ainda não conscientizados da missão social que lhes foi outorgada.

A cliente a assitir ou representar é um feixe harmônico de objetivos engastado nos macro-objetivos da sociedade política onde opera e, mais que isso, nas transcendentais exigências humanas de todos aqueles que participam do processo de produção tendo-o como meio a serviço da plenitude de sua realização integral como pessoas humanas.

A empresa do futuro (que já se faz presente em vários países) é uma estrutura comparável à orquestra onde a melodia do violino não briga com a do contrabaixo, mas todos os instrumentos, na exata medida em que executam sua partitura, realizam, na harmonia, a finalidade global da obra artística. É a superação da dicotomia entre interesses patronais e interesses operários.

Ao iniciardes um curso de especialização para advocacia de empresas, quis apenas trazer-vos um convite para assumirdes a partitura que a atualidade vos prepara; conscientizar-vos de que a missão histórica que vos está reservada não se restringe à fria defesa de interesses financeiros, mas à obra eterna da realização da Justiça na face da terra.

A VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE POR DISPOSIÇÃO RETROATIVA

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO
Professor da Universidade de Lisboa
Professor do Curso de Pós-graduação
da Universidade Federal de
Pernambuco

I

O art. 8.º-2 do Dec.-Lei n.º 1, de 6-I-971, contém uma disposição retroativa

O Dec.-Lei n.º 1, de 6-I-971, disciplinou a venda e outros contratos respeitantes a lotes de ações de certas categorias de sociedades anônimas. Essa disciplina foi tornada extensiva a todas as províncias ultramarinas, exceto Macau, pela Portaria n.º 42, de 28-I-971, com algumas alterações que para o nosso fim são irrelevantes.

O art. 8.º-2 estabelece:

“Os contratos celebrados nos doze meses anteriores à entrada em vigor deste diploma e que, na mesma data, ainda não hajam sido totalmente executados por ambas as partes, ficam sujeitos às disposições autênticas; o consentimento nelas previsto deve ser pedido nos quinze dias seguintes à sua entrada em vigor, tendo a falta de pedido dentro desse prazo os efeitos da recusa do consentimento”.

O consentimento a que este preceito se refere é o que, nos termos dos arts. 2.º a 6.º, deve ser prestado pelos órgãos sociais e que passou a condicionar os contratos previstos naquele Dec.-lei. Portanto, os contratos ainda não totalmente executados por ambas as partes ficaram também sujeitos a este consentimento.

É-nos perguntado se semelhante disposição é materialmente inconstitucional.

Começemos por observar que o preceito em análise contraria frontalmente o princípio geral de direito da não-retroatividade das leis.

Este princípio geral é comum, praticamente, a todas as nações civilizadas; e é um verdadeiro princípio geral, "válido, por conseguinte, no Direito Público e no Privado". (1).

Está consagrado expressamente no art. 12.º-1 do Cód. Civ., uma vez que, mantendo a tradição, este Código é o repositório de alguns dos princípios fundamentais da ordem jurídica portuguesa.

Nomeadamente os dois capítulos iniciais deste, que são dedicados às fontes do direito e à vigência, interpretação e aplicação das leis, não se confinam a matérias do Direito Civil, antes se destinam à enunciação de alguns destes princípios gerais do sistema.

Expressamente estabelece o art. 12.º-1 que a lei só dispõe para o futuro: e o Dec.-Lei n.º 1/71, ao submeter no seu art. 8.º-2 os contratos celebrados nos doze meses anteriores à sua entrada em vigor à nova disciplina então criada, veio dispor para o passado, valorando de nova maneira um fato que sofrera já outra valoração e que produzira os seus efeitos no domínio de lei diversa. (2).

O art. 12.º-2, que, utilizando as técnicas atuais, veio especificar em que termos se dá a aplicação da lei nova, permite-nos, por seu turno, assentar solidamente a afirmação anterior.

O esquema fundamental daquele preceito é o seguinte: a lei que dispõe sobre as condições de validade formal ou substancial de fatos ou sobre os seus efeitos só se aplica a fatos novos; a lei que dispõe sobre o conteúdo de situações jurídicas, abstraindo dos fatos que lhes deram origem, abrange as próprias situações já constituídas.

(1) MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 8.ª ed., II, Lisboa, 1968 n.º 62.

(2) Veja-se o que com maior desenvolvimento escrevemos sobre esta matéria nas nossas lições de *Introdução ao Estudo do Direito* (1970/71), n.ºs 156 e segs.

Ora, o Dec.-Lei n.º 1/71, disciplinando contratos, abrange fatos, e não situações jurídicas.

Assim se proclama corretamente no sumário oficial do diploma, constante do **Diário do Governo**: "Estabelece normas sobre os **contratos** (grifamos) de venda de lotes de ações, por negociação particular, ou **outros contratos** (grifamos) que operem transferência...".

O contrato é um fato jurídico: por força do princípio geral da não retroatividade, aquele diploma só devia abranger os contratos futuros.

E justamente porque é assim, surgiu a disposição do art. 8.º-2.

Ela seria inútil se os referidos contratos estivessem naturalmente abrangidos pelos preceitos anteriores.

Por isso o legislador, depois de estabelecer que o diploma entra imediatamente em vigor (n.º 1), acrescenta que ele abrange também os contratos celebrados nos doze meses anteriores e ainda não executados.

Por esse fato foi até obrigado a estabelecer no mesmo preceito disposições especiais para estes casos, no que respeita ao prazo para a formulação do pedido de consentimento, confirmando assim, suplementarmente, que as regras gerais anteriores não os abrangeriam por si.

Portanto, as razões por que o art. 8.º-2 é retroativo dizem-se em duas palavras: porque valorou substancialmente contratos que tinham já recebido uma disciplina diversa nos termos da lei anterior.

Quando o legislador recorre à retroatividade, raramente o faz sem qualquer limitação.

Seria muito difícil, se não inteiramente impossível, pretender desenterrar todo o passado, sujeitando-o à valoração da lei nova. Por isso é normal a própria lei demarcar o âmbito da retroatividade, tornando praticável a efetivação desta.

Daqui deriva que a doutrina fale habitualmente na existência de graus de retroatividade. (3).

Vai-se desde uma retroatividade extrema, que é aquela que nem se detém perante o caso julgado, a uma retroatividade ordinária, que é a que ressalva todos os efeitos já produzidos pelos fatos que a lei se destina a regular.

Esta retroatividade ordinária é a regra, de harmonia com o novo Cód. Civ., pois se presume que, mesmo sendo a lei retroativa, se ressalvam os efeitos já produzidos pelos fatos que a lei se destina a regular (art. 8.º-1).

O Dec.-Lei n.º 1/71 estabeleceu dois limites específicos quanto à atuação da retroatividade nele contemplada: um cronológico e outro substantivo.

Por um lado, só se abrangem os contratos celebrados no prazo de um ano antes de 6-I-971; por outro, só se abrangem os contratos que ainda não hajam sido totalmente executados por ambas as partes.

O estabelecimento de um prazo de ano limita cronologicamente o âmbito da retroatividade, mas não tem qualquer significado quanto ao problema dos graus de retroatividade.

Pelo contrário, a limitação aos contratos que ainda não hajam sido totalmente executados por ambas as partes mostra que, dentro dos vários graus de retroatividade admissíveis, não se pretendeu uma retroatividade extrema.

Ressalvam-se os efeitos já produzidos pela execução do contrato.

Isso não impede que, para as hipóteses abrangidas, se verifiquem todas as características da atuação retroativa.

(3) Cfr. as nossas lições de *Introdução* referidas, n.º 168, bem como a recente exposição de J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a Aplicação no Tempo do Novo Código Civil*, Coimbra, 1968, 49 e segs.

Só se deixou de fora o que respeita à execução, portanto, à realização histórica das obrigações derivadas do contrato: o contrato em si, o acordo de vontades, esse expressamente se supôs realizado e perfeito, tendo produzido efeitos que deveriam consumir-se numa execução posterior. Com a nova regulamentação, o mesmo fato é diversamente apreciado, os requisitos que eram necessários para a produção dos efeitos são alterados, e, conseqüentemente, contaminam-se também efeitos obrigacionais ou reais já anteriormente produzidos.

Põe-se, assim, em causa gravemente o passado, tudo nos fornecendo uma visão muito clara de uma atuação retroativa da lei.

II

A Constituição Política portuguesa não exclui nem permite genericamente a atuação retroativa das leis

A condenação da retroatividade das leis tem um longo passado, em que se inserem nomes veneráveis, como o de Cícero.

Observou-se que a retroatividade aniquila uma das funções mais importantes da lei, que consiste em orientar a conduta dos sujeitos de direito; a retroatividade, excluindo a previsibilidade, impede que estes adequem à norma a sua conduta, reduzindo a atuação da lei à forçada produção da conseqüência normativa.

Observou-se, ainda, que a retroatividade é um fator de profunda perturbação, pois cria a instabilidade nas relações sociais, não deixando a ninguém a segurança de que o que hoje é valorado de certa maneira não seja amanhã posto de novo em causa. (4).

E muitos outros argumentos se avançaram. (5).

(4) Por isso coloca RIPERT a retroatividade entre os fatores de insegurança jurídica e de declínio do direito (*Le déclin du droit*, Paris, 1949, n.ºs 57 a 59).

(5) Há, nomeadamente, um aspecto humano, expresso lapidarmente por MAILHER DE CHASSET (cit. por LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, Paris, 1959, 327): "Na ordem da natureza, só o futuro é incerto, e mesmo então a incerteza é

Apesar de tudo, a irretroatividade das leis não foi, na maioria das ordens jurídicas, expressamente assumida como princípio constitucional (6); e, apesar de autores muito significativos, como ALLARA, (7) sustentarem a existência de um princípio constitucional da irretroatividade da lei, implícito na ordem jurídica, a maioria dos intérpretes toma também uma posição negativa.

Supomos que esta posição não se funda propriamente no argumento que prevalentemente vem aduzido em favor da retroatividade — a presunção da superioridade da lei nova em relação à antiga.

O argumento prova demais, pois a sua conseqüência seria antes o estabelecimento do princípio da retroatividade como regra.

O que fez parar a mão do legislador constitucional, sobretudo do legislador moderno, foi o temor do caso excepcional e imprevisível, que não poderia ficar sujeito a uma revisão, normalmente solene, das regras constitucionais.

A preocupação da eficácia fez esquecer a injustiça conatural ao processo.

Assim acontece nomeadamente perante as leis e a prática portuguesas.

Debalde se procurará na Constituição Política uma genérica exclusão da retroatividade. Perante esse silêncio, a doutrina tem afirmado que a não retroatividade é um princípio geral do direito, mas não representa um limite legislativo, podendo ser afastado pelo legislador nas suas

adoçada pela esperança, essa companheira fiel da nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema das leis, o sistema da natureza, e procurar fazer reviver os nossos receios de um tempo que passou já, sem poder restituir-nos as nossas esperanças”.

(6) Vejam-se as valiosas indicações de direito comparado apresentadas por GROTTANELLI DE SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milão, 1970, 9 e segs.

(7) *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, 5.ª ed., Turim, 1958, 126 e segs.

intervencões. Desta situação se fez eco o art. 12.º-1, ao prever, em contradição ao princípio geral de que a lei só dispõe para o futuro, a existência de leis retroativas.

Efetivamente, têm surgido leis retroativas, embora relativamente pouco numerosas. (8) As que existem são com frequência críticas e estão até, por vezes, associadas a abusos do poder.

O mero fato de serem retroativas não basta, porém, para pôr em causa a sua constitucionalidade.

Mas, por outro lado, seria temerário inferir da circunstância de a Constituição não excluir genericamente a retroatividade que a retroatividade da lei é sempre admissível.

As posições exclusivistas, por uma legalidade ou por uma ilegalidade em todos os casos, são também de evitar neste domínio.

Supomos exprimir com verdade o sentido da evolução contemporânea dizendo que do debate global, retroatividade contra irretroatividade, se passou ao debate em especial dos casos em que a retroatividade é ou não possível.

A evolução repete, aliás, a que se processou em muitos outros setores, em que só a superação de oposições dilemáticas abstratas permitiu o rasgar das necessárias distinções.

Assim se passa hoje neste domínio: o arredar da condenação global da retroatividade foi acompanhado de uma elaboração, penosa mas fecunda, tendente a demarcar objetivamente os setores em que essa retroatividade não é admissível.

E mesmo a evolução mais recente não é já esta.

(8) Tome-se como um exemplo o Dec.-lei n.º 13, de 23-1-1971, que entrou em vigor no dia 1.º de janeiro, ao que dispõe o seu art. 19.º

Os autores alemães atuais inverteram a ordem dos termos: de uma demarcação de casos em que a retroatividade não seria admissível, passaram para uma determinação por via positiva dos casos em que se pode admitir essa retroatividade.

Quer dizer, devem considerar-se típicas as intervenções retroativas admissíveis na ordem jurídica alemã. (9).

Os autores alemães fundam no princípio do Estado de Direito a sua posição.

Nós podemos, porém, limitar-nos ao primeiro método anunciado, pois ele nos basta para responder à pergunta que nos foi feita.

Vamos, pois, verificar quais os domínios em que a Constituição não admite o recurso à legislação retroativa pelo legislador ordinário.

III

Há uma exclusão constitucional expressa da retroatividade extrema, que é aquela que ofende o caso julgado

A generalidade das Constituições não contém nenhuma disposição que proíba a retroatividade quando ela tem como consequência a destruição do caso julgado.

Todavia, numa manifestação muito elucidativa da sensibilização a que se chegou neste setor, doutrina e jurisprudência vêm-na admitindo, (10) na base de uma elaboração complexa, mas arguta, do princípio da separação dos poderes.

(9) Cfr. H. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, 7.^a ed., Munique, 1968, § 27, I, c), 2.; FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, 9.^a ed., Munique e Berlim, 1968, 148-9. Vejam-se também as citações de WERNER WEBER feitas por este último autor.

(10) Cfr. AZZARITI, G., *Il principio della irretroattività delle legge e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, na *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1955, 622 e seg.; GROTTA-NELLI DE SANTI, *ob. cit.*, 59 e segs.

Entre nós, o problema está extremamente facilitado.

Demonstrando uma particular atenção pela salvaguarda do passado que já aqui se começa a manifestar, a Constituição inclui, no art. 123.^o-§ único, uma ressalva "das situações criadas pelos casos julgados", que dá base segura para uma elaboração doutrinária.

Prevê-se aí a inconstitucionalidade orgânica ou formal de regras constantes de diplomas promulgados pelo Presidente da República.

Esta só poderá ser apreciada pela Assembléia Nacional e por sua iniciativa ou do Governo.

Cabe à mesma Assembléia determinar os efeitos da inconstitucionalidade, mas é então que se estabelece a reserva que nos ocupa: deve fazê-lo sem ofensa das situações criadas pelos casos julgados.

Com esta base se tem sustentado a existência de um princípio constitucional do respeito do caso julgado no ordenamento jurídico português.

Fá-lo CASTRO MENDES, (11) e a sua posição é expressamente referendada por MARCELLO CAETANO. (12).

E efetivamente, se a Constituição ressalva mesmo o caso julgado formado de harmonia com uma lei que tem o vício mais grave possível — a inconstitucionalidade — por maioria de razão o deve ressaltar quando formado com base em quaisquer outras leis.

O § único do art. 123.^o deve, pois, ser tomado como um afloramento de um princípio, de valia constitucional, do respeito pelo caso julgado.

(11) *Manual de Processo Civil*, Lisboa, 1963, 97-8.

(12) "A retroatividade da lei pouca desrespeitar os casos julgados ao abrigo de lei anterior? O Cód. Civ. só os ressalva a propósito das leis interpretativas (art. 13.^o), mas não lhes faz referência expressa ao tratar das outras leis retroativas (art. 12.^o-1). A Constituição, § único do art. 123.^o, postula, porém, o respeito do caso julgado como princípio geral de direito nela consagrado." (*Direito Administrativo cit.*, vol. I, n.^o 62)

Fixado o princípio, põe-se o problema do estabelecimento dos seus limites.

Manifestou-se já a tendência para assimilar ao caso julgado certas situações em que a certeza do direito se manifesta de forma igualmente categórica. (13).

Entre nós, deverá perguntar-se se o art. 13.º-1 não é manifestação de um princípio de respeito do direito tornado certo, que ultrapassa o princípio do respeito pelo caso julgado.

Refere-se à lei interpretativa: e se é certo que não pensamos que a lei interpretativa seja propriamente retroativa, também é certo que a lei interpretativa vai produzir efeitos sobre o passado que na prática se confundem com os da retroatividade.

Por isso o Cód. Civ. aproximou as duas situações, a ambas se referindo sob a epígrafe: "**Aplicação das leis no tempo**".

A lei interpretativa é admitida, mas ficam salvos "os efeitos já produzidos pelo cumprimento da obrigação, por sentença passada em julgado, por transação, ainda que não homologada, ou por atos de análoga natureza. (14).

Esta restrição aplica-se por maioria de razão à lei retroativa, pois não se compreenderia que a lei interpretativa, que vem declarar o sentido da lei anterior, depare com estes obstáculos, e a lei retroativa não.

Mas o legislador não precisou de o declarar expressamente, porque, no respeitante à lei retroativa, estabeleceu no art. 12.º-1 uma ressalva maior, em que consumiu esta: ressalvou os efeitos já produzidos pelos fatos que a lei se destina a regular.

(13) Talvez vá neste sentido SANDULLI, ao afirmar que a eficácia retroativa "nunca pode verificar-se sem limites, enquanto que a retroatividade nunca pode operar sobre situações definidas anteriormente à entrada em vigor da lei": cfr. LEGGE (*Dir. Costituz.*), no *Novissimo Digesto Italiano*, 847. Estabelece também em larga medida a inalterabilidade de todos os casos definitivamente consumados H. WOLFF, *ob. e lug. cit.*

(14) Veja-se também o n.º 2 do mesmo artigo.

Simplemente o que é interessante acentuar neste confronto é que, enquanto a ressalva do art. 12.º-1 é apresentada como supletiva ("presume-se que ficam ressalvados"), a do art. 13.º-1 é apresentada como injuntiva ("ficando salvos").

Tinha de ser assim, pois entre esses efeitos estão os resultantes de caso julgado, que estão garantidos pela Constituição; mas, por outro lado, a lei parece traduzir uma inalterabilidade do direito tornado certo, que se imporia ao legislador ordinário, mesmo para além do limite específico do caso julgado.

IV

Há uma exclusão constitucional expressa da retroatividade das normas incriminadoras

O domínio penal ofereceu sempre uma resistência muito particular à retroatividade da lei.

Se esta é fundada essencialmente em considerações de eficácia, como vimos atrás, a valia dessas considerações esbate-se quando encontra perante si altos valores pessoais que doutra forma seriam ameaçados.

A retroatividade da lei penal pode conduzir a declarar criminoso e punir quem atuou de harmonia com as leis.

A injustiça deste procedimento é patente, como é patente a instabilidade social que ele provoca.

Por isso se formulou no Direito Penal o princípio da legalidade, que enquadra este aspecto; e esse princípio só tem sido postergado em regimes totalitários.

É, todavia, interessante observar que mesmo na U.R.S.S., por força de um maior respeito pela ordem jurídica objetiva que se manifestou após a era estaliniana, o princípio da legalidade foi restaurado no Direito Penal.

No terreno específico da irretroatividade, que é aquele que nos interessa, também temos a anotar a tendência amplificadora, que é hoje característica nesta matéria e que aqui é em tudo paralela à que detectamos a propósito da ressalva dos casos julgados.

Começou-se por repudiar a limitação à pena propriamente criminal.

Outras categorias de penas e até comandos e proibições de índole policial deveriam da mesma maneira ser atingidas por esta disciplina. (15).

Modernamente, fazem-se tentativas ainda mais ousadas.

Vários autores sugerem que se entenda a disposição constitucional como excluindo que o legislador possa colocar os privados em situação de desvantagem, só pelo fato de terem atuado no passado como o legislador os induzia a atuar.

Não poderiam, portanto, ser **punidos** pela sua confiança. (16).

A admitir semelhantes orientações, teríamos que grande parte do conteúdo da “**retroatividade desfavorável**” viria, afinal, a ser coberta por esta norma constitucional.

A Constituição portuguesa contém, também, uma exclusão da retroatividade em matéria criminal.

A tendência ampliativa, que atrás anotamos, encontra até nela uma manifestação recente muito elucidativa.

(15) Assim FORSTHOFF, ob. cit., 147.

(16) Cfr. GROTTANELLI DE SANTI, ob. cit., 158; H. WOLFF, ob. e loc. cit.: contraria o princípio do Estado do Direito a atribuição de conseqüências jurídicas desfavoráveis a ações praticadas tendo em vista as conseqüências favoráveis que no tempo da sua prática lhes eram atribuídas.

O art. 8.º-9.º inseria entre os direitos, liberdades e garantias individuais “**não ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare puníveis o ato ou omissão**”.

De harmonia com a proposta de lei de revisão constitucional, seria aditada àquele n.º 9.º a seguinte frase: “...**nem sofrer pena mais grave do que aquela que estiver fixada ao tempo da prática do crime**”.

A Câmara Corporativa ampliou, por sua vez, esta previsão, propondo a inclusão de um novo trecho: não se sofreria também “**medida de segurança fora dos casos previstos em lei anterior**”.

A referência expressa a penas e medidas de segurança constava igualmente do Projeto de Lei n.º 6/X, também submetido à discussão da Assembléa Nacional.

Foi a fórmula ampliada que adotou a Lei n.º 3, de 16-VIII-971.

Será sobre esta base que passará a recair a discussão destas matérias entre nós, de modo a apurar-se qual o grau de retroatividade desfavorável que é vedado ao legislador ordinário utilizar.

V

Para além disso, se o legislador ordinário não pode violar a Constituição mediante leis não retroativas, ainda menos o poderá fazer mediante leis retroativas

Temos, pois, dois limites — especiais, é certo, mas de considerável extensão — à publicação pelo legislador ordinário de leis retroativas.

Mas estes limites não são os únicos.

Além deles, caso por caso, teremos de verificar se uma concreta lei viola ou não garantia ou princípio constitucional.

Parece claro que, do fato de a retroatividade não ser genericamente excluída, não pode inferir-se uma imunidade particular da lei retroativa que estaria dispensada da observância da Constituição.

O princípio enuncia-se com toda a simplicidade.

O que a lei ordinária não pode fazer diretamente também o não pode fazer retroativamente, por maioria de razão até.

A legislação retroativa contraria um princípio geral do direito; logo, só pode ter um estatuto mais desfavorável e nunca um estatuto privilegiado em relação à restante legislação.

Ilustremos este princípio com um exemplo.

Estabelece o art. 58.º da Constituição que — “O Estado garante proteção e pensões àqueles que se inutilizarem no serviço militar em defesa da Pátria ou da ordem, e bem assim à família dos que nele perderam a vida”

Seria, por isso, claramente inconstitucional o diploma que excluísse o direito à pensão de sobrevivência dos familiares dos soldados que vierem a perder a vida na defesa do Ultramar.

Mas, seria do mesmo modo manifestamente inconstitucional o diploma que, retroativamente, retirasse o direito à pensão aos familiares dos que já faleceram, impondo-lhes, quiçá, a restituição das pensões recebidas.

A regra, de que o que a lei ordinária não pode fazer diretamente também o não pode retroativamente, tem aqui plena aplicação.

Semelhante lei seria inconstitucional, não por violar um princípio constitucional da não retroatividade, que não existe, mas por, mediante a retroatividade, violar a garantia constante do art. 58.º da Constituição.

A exclusão da retroatividade passa a ser uma das facetas da garantia trazida por outras disposições constitucionais.

Como afirma GROTTANELLI DE SANTI — “A irretroatividade torna-se assim num mero aspecto do limite que o legislador encon-

tra em determinados direitos ou, mais exatamente, como se costuma dizer, um limite relativo à dimensão “tempo” que se opõe à sua liberdade de ação”. (17).

E o autor acrescenta outra observação de interesse: “O problema diferencia-se nitidamente em relação a quanto se afirma dizendo que o princípio da irretroatividade existe a nível constitucional quando a lei determina com o seu conteúdo uma violação de determinados preceitos constitucionais; diferencia-se enquanto se prospecta uma determinada especificação qualitativa em relação àquela afirmação, aliás, óbvia, porque o limite da irretroatividade imposto neste caso pode não subsistir quando a lei se dirigir apenas ao futuro”.

Esta é a orientação das investigações dos modernos autores, prolongando o princípio atrás enunciado.

E isto arrasta consigo um exame cada vez mais específico dos vários tipos constitucionais, tendente a determinar, em relação a cada um, como pode ele ser violado através de leis retroativas.

Particularmente importante foi a elaboração no domínio dos direitos, liberdades e garantias individuais.

Representando estes direitos limites à atuação do Poder, o aprofundamento de cada um deles tará aparecer situações em que uma disposição retroativa atingirá o direito constitucionalmente garantido. Um caso clássico suscitou-se a propósito do direito de regressar ao próprio país, perante as Constituições que o consagram.

A disposição retroativa que alterasse as condições de concessão de passaporte e anulasse os passaportes já existentes poderia implicar para os cidadãos que se encontrassem no estrangeiro a impossibilidade de regressar ao seu país.

(17) Ob. cit., 77.

Mas isso contraria o princípio da livre deslocação e da emigração, pois é um elemento nele necessariamente implícito o direito de regresso. Semelhante disposição retroativa seria, pois, inconstitucional. (18).

É-nos impossível tentar acompanhar toda esta investigação, pois isso equivaleria ao exame, um por um, de todos os princípios constitucionais (19).

Interessava, sobretudo, deixar o problema colocado: isso feito, podemos abandonar a exposição em geral e limitar-nos, daqui por diante, ao que respeita ao preceito em discussão.

Quais são, neste caso, os princípios constitucionais que devem ser tidos em conta para a apreciação da retroatividade?

Temos, sobretudo, o que respeita à garantia do direito de propriedade; e, em correlação com esta, há a contar com a incidência do princípio da igualdade perante a lei.

Vamos, pois, seguidamente passar ao exame das exigências da garantia constitucional da propriedade e à sua relação com a matéria da retroatividade.

VI

No quadro das garantias constitucionais, a propriedade ocupa entre nós uma posição privilegiada

A estrutura e a situação relativa da propriedade privada são temas de atualidade em todas as ordens jurídicas do mundo.

(18) GROTANELLI DE SANTI, ob. cit., 128-130.

(19) Entre nós, CARDOSO DA COSTA, *Curso de Direito Fiscal*, Coimbra, 1970, 81 e 237, nota 1, parece inclinado a admitir a possibilidade de violação do art. 28.º da Constituição mediante leis retroativas.

As posições que definitivamente se adotam são em extremo variadas, passando-se dum ativo favorecimento a um propósito de restrição ou até de supressão; e há um número elevado de posições intermédias.

Mesmo nas ordens jurídicas que otam com inimizade a propriedade privada, ela recebe uma espécie de garantia constitucional, embora restrita a certas categorias de bens ou outorgada a título transitório.

Por isso G. FOUILLOUX pôde concluir, no termo de uma larga análise de direito comparado: "O traço característico dos textos constitucionais está em que todos se pronunciam sobre o direito de propriedade. Todos reservam um lugar, por pequeno que seja, à propriedade privada". (20).

Esta constância está na base dos esforços realizados no domínio do Direito Internacional Público de concretizar uma proteção, mesmo a nível internacional, do direito de propriedade, nomeadamente em caso de nacionalização. Por diversas vias (21) têm os autores chegado a resultados positivos, assentes, por exemplo, num costume internacional.

Como é natural, porém, é nos países tributários da civilização ocidental que a proteção constitucional da propriedade oferece incidências mais claras; porque a propriedade privada, até dos meios de produção, é uma das bases do respectivo sistema económico-social.

Mesmo aí, várias distinções são possíveis.

Para certas ordens jurídicas mais próximas da orientação liberal, a propriedade ocupa um lugar primário no sistema, em posição privilegiada em relação aos direitos políticos e outras liberdades pessoais:

(20) *La nationalisation et le droit international public*, Paris, 1962, 28.

(21) Cfr., além do autor citado na nota anterior, KAECKENBEECK, *La protection internationale des droits acquis*, no *Recueil des Cours*, 1937, I, 321; S. PETREN, *Confiscation of Foreign Property*, no *Recueil des Cours*, 1963, II, 492.

assim se passa nos Estados Unidos, muito próximos ainda da concepção de uma propriedade sagrada, tal como se popularizou com a Revolução Francesa.

Noutros casos, a invasão crescente do setor público reduziu consideravelmente a proteção qualitativa e quantitativa da propriedade, tendendo-se a dar mais valia às garantias pessoais que aos chamados direitos econômico-sociais.

Esta distinção tem interesse para a compreensão da índole do sistema constitucional português, que passamos a considerar especialmente.

Oferece estas dificuldades particulares de apreciação.

A proclamação de um regime corporativo, que seria um **tertium genus**, tira clareza às suas grandes linhas.

Todavia, encontramos a afirmação categórica da garantia do direito de propriedade e da sua transmissão em vida ou por morte, nas condições determinadas pela lei civil, no n.º 15.º do art. 8.º

Esta garantia desdobra-se em vários aspectos.

Devemos distinguir:

- 1) A **garantia institucional** da propriedade, que se traduz no comando, dirigido ao legislador ordinário, de admitir instituições correspondentes ao conceito constitucional;
- 2) O **direito à propriedade**, imposto por considerações de Direito Natural e reconhecido a todos os cidadãos; (22)
- 3) Os direitos subjetivos de propriedade existentes, que ficam confirmados e garantidos pelo preceito constitucional.

É este último o aspecto que particularmente nos interessa.

(22) Cfr., o nosso **Reordenamento Agrário e Propriedade Privada**, Lisboa, 1965 (separata do **Curso de Direito e Economia Agrários**, 2 e segs.).

O texto constitucional oferece uma garantia muito sólida aos direitos existentes e às formas por que se opera a sua transmissão.

É certo que se caracterizou também o nosso sistema como de intervencionismo e isso poderia levar a supor que a proteção da propriedade ficaria abalada, abrindo-se o caminho para formas de socialização.

Mas não é assim: a Constituição portuguesa enquadra-se entre aquelas que protegem fortemente o direito de propriedade, mais fortemente ainda do que o fazem em relação aos direitos políticos e liberdades pessoais.

O intervencionismo do Estado manifesta-se no direito e na obrigação do Estado "de coordenar e regular superiormente a vida econômica e social", nos termos do art. 31.º (23). Mas é uma visão profundamente liberal, no que respeita à atuação do Estado como empresário, a que resulta do art. 33.º: "O Estado só poderá intervir na gerência das atividades econômicas particulares quando haja de financiá-las e para conseguir benefícios sociais superiores aos que seriam obtidos sem a sua intervenção". (24) E o § único restringe ainda mais a apropriação pelo Estado de bens de produção ao determinar: "Ficam igualmente sujeitas à condição prevista na última parte deste artigo as explorações de fim lucrativo do Estado, ainda que trabalhem em regime de livre concorrência"

Que concluir, então, destes dados aparentemente contrastantes?

Que tem razão o constitucionalista italiano UGO COLI, que caracteriza o sistema resultante do corporativismo português como um típico composto de muita regulamentação econômica e pouca socialização. (25)

(23) Cfr., sobre alguns princípios constitucionais respeitantes à intervenção do Estado na vida econômica, o nosso **A Colonização Interna e os Princípios Reguladores da Intervenção Estadual**, em **O Direito**, 87.º(1965), 21 e segs.

(24) Este preceito foi alterado pela Lei n.º 3/71, mas de maneira que a sua doutrina ainda ficou reforçada.

(25) **La proprietà e l'iniziativa privata**, no **Commentario Sistemático alla Costituzione Italiana**, dirigido por CALAMANDREI e LEVI, Florença, 1950, 379.

A função de regulamentação está amplamente aberta ao Estado, mas só como exceção se prevê que a titularidade dos bens possa deixar de ser privada.

Temos aqui uma proteção da propriedade privada que ombreia pela que é atualmente concedida pelas ordens jurídicas mais liberais, sem prejuízo dos meios de regulamentação e de planeamento que se reservam para o Estado.

Como, por outro lado, reconhecidamente, o favorecimento da situação dos privados não se comunica, na Constituição portuguesa, às liberdades pessoais e aos direitos políticos, que estão enquadrados numa concepção autoritária do Estado, temos comprovada a nossa afirmação de que sobre estes prima a proteção que é conferida aos chamados direitos económico-sociais.

Como é evidente, limitamo-nos a caracterizar objetivamente a situação constitucional, abstraindo de qualquer preferência pessoal por esta ou outra forma de estruturação.

VII

A garantia constitucional da propriedade abrange todos os direitos patrimoniais

Mas, com isto estamos ainda muito longe de termos chegado ao fim da caracterização da ordem constitucional portuguesa.

Antes de mais: protege-se a propriedade, mas o que é a propriedade?

É que **propriedade** é um conceito extremamente ambíguo.

Limitando-nos às suas utilizações em textos legais, podemos dizer que a propriedade é utilizada, pelo menos, em cinco acepções diversas.

Pode designar:

- 1) Todos os direitos adquiridos
- 2) Todos os direitos patrimoniais
- 3) Todos os direitos reais
- 4) Um direito real específico
- 5) O objeto de um direito real

De entre tantas acepções, o que significará, no texto constitucional, a referência à propriedade?

Os autores estrangeiros respondem sem hesitação que a proteção constitucional da propriedade abrange todos os direitos patrimoniais: é este o sentido que a expressão toma, prevalentemente, nos textos constitucionais.

Na Alemanha, a posição tem sido repetidamente proclamada pelos tribunais superiores.

WERNER WEBER justifica-a com a consideração de que a garantia da propriedade é um complemento e um aspecto da garantia da liberdade.

Nas modernas sociedades, essa garantia só parcialmente repousa sobre a propriedade das coisas; os pressupostos das liberdades essenciais só existem se os pressupostos económicos da sua existência forem reconhecidos e protegidos como outrora o foi a propriedade das coisas.

E, assim, inscreve no conceito de propriedade não só os direitos reais e a posse, como os direitos sobre bens imateriais, os créditos, as rendas, as ações e outros direitos sociais. (26)

Na Itália, escreve com igual decisão SANTI ROMANO que o princípio da inviolabilidade da propriedade privada "se refere tanto à

(26) *Eigentum und Enteignung*, em *Die Grundrechte*, publicação dirigida por NEUMANN, NIPPERDEY e SCHEUNER, II. Berlim, 1954, 352 — 3.

propriedade imobiliária como à mobiliária, à individual e à coletiva, bem como à chamada propriedade artística, literária e industrial e, em geral, à titularidade de todo o direito patrimonial". (27)

No que à Suíça respeita, abrangem-se não apenas todos os direitos patrimoniais privados, (28) como até os direitos que se baseiam em atos administrativos, como os direitos dos funcionários ou os derivados de concessão. A proteção da propriedade concretiza-se na proteção de todos os direitos adquiridos. (29)

Na Austria, a jurisprudência do tribunal constitucional limitou a garantia da propriedade aos direitos patrimoniais privados, mas abrange efetivamente todos os direitos patrimoniais privados. (30)

Entre nós, o problema coloca-se com igual clareza.

Já em 1965 escrevemos:

"Iniciando a apreciação desta garantia, começamos por observar que, na terminologia constitucional, a palavra propriedade não tem o significado corrente de um direito real entre os outros.

Certamente é desta situação que se parte; mas abrangem-se também, com maiores ou menores reservas, todos os direitos reais, e até todos os direitos patrimoniais.

Efetivamente, o que aqui se visa é estabelecer uma proteção dos direitos patrimoniais privados contra arremetidas que os possam atingir". (31)

(27) *Principii di diritto costituzionale generale*, 2.^a ed., Milão, 1927 (reimpressão), 129.

(28) Incluindo até estados e outras situações semelhantes.

(29) Cfr. H. HUBER, *Den Schutz der wohlverworbenen Rechte in der Schweiz*, em *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht*, Munique, 1955 (reimpressão), 457 e 463.

(30) Cfr. H. SPANNER, *Enteignungsprobleme im österreichischer Recht*, em *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht*, Munique, 1955 (reimpressão), 470.

(31) *Reordenamento Agrário e Propriedade Privada* cit., n.º 2.

Também noutro lugar observamos que no art. 8.º-15.º da Constituição se utiliza o sentido amplo, que quadra normalmente aos textos constitucionais, de **propriedade** como sinónimo de todo e qualquer direito patrimonial. (32)

Efetivamente, todo o equilíbrio das garantias constitucionais se perderia se os órgãos públicos não pudessem atingir a propriedade de coisas, mas pudessem livremente apropriar-se de ações, créditos ou outros bens, sem que isso representasse qualquer agravo à Constituição.

Bem precária seria a proteção conferida pelos vários números do art. 8.º, se assim se pudesse proceder.

Na realidade, há um elemento sistemático que cabalmente nos elucida sobre o significado do n.º 15.º em questão.

O n.º 12.º do mesmo artigo insere entre as garantias constitucionais "não haver confisco de bens"

Ora, o confisco é uma pena pela qual se retiram bens a um sujeito, como reação à prática de crimes; e aplica-se a todos os elementos patrimoniais, e não apenas às coisas, como a história o ensina, e resulta da utilização da palavra bens (confisco de bens) em vez de coisas.

Seria então incompreensível que se não pudesse, a título de pena, retirar bens aos sujeitos, e se pudesse livremente fazê-lo quando estes nenhum crime tivessem cometido!

Seria um contra-senso: o n.º 12 pressupõe que a livre titularidade dos bens, fora dos casos de crime, está já garantida por outro preceito constitucional.

Esse preceito só pode ser o do art. 8.º-15.º

Portanto, a garantia constitucional da propriedade estende-se a todos os direitos patrimoniais. (33).

(32) Cfr. o nosso livro *Direitos Reais*, Lisboa, 1971, 142.

(33) Mas podemos deixar de lado o problema, que para os nossos efeitos é irrelevante, de saber se a garantia constitucional abrange apenas os direitos patrimoniais privados ou também os direitos patrimoniais públicos.

Esta conclusão é segura: não sabemos, dentro da pobreza da doutrina constitucionalista portuguesa, nomeadamente em matéria de direitos e garantias individuais, que alguma vez tenha sido contestada.

Em consequência, também a transmissão em vida ou por morte, que é garantida pelo mesmo n.º 15.º, é a transmissão de qualquer elemento patrimonial, e não apenas a transmissão da propriedade de coisas.

VIII

O direito de propriedade é limitado pela função social, constitucionalmente atribuída a este direito; por exigência desta pode inclusivamente chegar-se ao sacrifício da titularidade privada

A imagem duma propriedade absoluta, dominante no século passado, vai-se cada vez mais desvanecendo, à medida que se acentua a preocupação social.

As várias constituições foram progressivamente admitindo hipóteses que podem levar à privação de concretos direitos de propriedade.

Mas, em todos os casos não basta para justificar esta eventualidade a mera invocação de interesses coletivos.

Terá de ser sempre num princípio constitucional que o sacrifício da propriedade privada terá de se esconder: a garantia constitucional da propriedade só cede perante outro princípio fundado em título de não menor dignidade, e que em concreto prima sobre ele.

Assim se entende também perante ordens jurídicas, como a italiana, em que a proteção constitucional da propriedade é muito menos decidida que entre nós. (34)

Entre nós, devemos entrar em conta com a preocupação social expressa na Constituição de 1933.

(34) Cfr. P. BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Pádua, 1953, n.º 20.

Esta, que tão fortemente garantiu a propriedade, não deixou, todavia, de tomar posição neste problema, de modo decidido, se considerarmos as circunstâncias do tempo, ao proclamar a **função social da propriedade**.

Fá-lo no art. 35.º

A técnica utilizada não é perfeita.

Teve-se primariamente em vista os chamados fatores da produção — capital, trabalho e terra.

De todo o modo, por interpretação, sempre poderemos concluir pela vigência, entre nós, de um princípio da função social da propriedade. (35)

Para sabermos, pois, qual o verdadeiro estatuto da propriedade no ordenamento constitucional português, temos de conjugar os dois princípios fundamentais: a garantia da propriedade e a atribuição a esta de uma função social.

A incidência direta do princípio da função social da propriedade é a que resulta do próprio art. 35.º: a lei pode determinar as condições do seu emprego ou exploração conformes com a finalidade coletiva.

Aqui se confirmam as restrições já existentes, e se autoriza, quando não se impulsiona, o estabelecimento de novas restrições aos direitos privados.

Efetivamente, essas restrições são de todos os dias.

A legislação ordinária vai criando uma teia cada vez mais apertada, tendente a assegurar a coincidência do direito de propriedade com a finalidade coletiva.

Mas o adensar dessas restrições não pode ignorar uma barreira, representada justamente pela garantia constitucional da propriedade.

(35) Para maiores desenvolvimentos, remetemos para o nosso livro referido, *Direitos Reais*, n.ºs 84 e 85.

A restrição da propriedade não pode ir até ao ponto de esvaziar a garantia da propriedade do seu conteúdo.

O problema tem atualmente grande relevância, uma vez que, de maneira indireta, através de meras restrições genéricas, se pode tirar todo o significado prático a um concreto direito, sem que todavia se utilize o instituto da expropriação, e, portanto, se conceda a indenização que a esta anda associada. (36)

Assim acontecerá, por exemplo, se uma lei excluir que prédios urbanos sejam habitados, ou que terrenos agrícolas sejam cultivados, sem compensar de qualquer forma os titulares em causa.

Temos relatado o problema nas nossas lições de Direitos Reais, tendo chegado à conclusão de que, se as restrições chegarem ao ponto de excluir a utilização normal dos bens, haverá, então, violação da garantia constitucional da propriedade. (37).

(36) Veja-se a contraposição entre o art. 1.º, § 1, de Lei n.º 2.030, que estabelece a exigência de justa indenização em caso de expropriação, e o art. 3.º, § 2, da mesma lei, que estabelece o princípio de que as restrições legais não dão direito a qualquer indenização.

(37) **Direitos Reais**, n.ºs 82 e 83.

O problema tem interessado particularmente os juristas dos países germânicos, tendo a doutrina e a jurisprudência ensaiado vários critérios para contrapor as restrições admissíveis às violações inconstitucionais da propriedade.

Quando as constituições expressamente impõem o pagamento de uma indenização em caso de expropriação, falam os autores num conceito constitucional de expropriação, cuja grande amplitude seria correspondente à do conceito constitucional de propriedade: cfr. Werner Weber, *ob. cit.*, 370 e segs., para o direito alemão, e HUBER, *ob. cit.*, para o direito suíço.

Já em ordens judiciais, cuja Constituição não assenta no conceito de expropriação ou não lhe fez seguir expressamente uma indenização, se podem obter os mesmos resultados sem recorrer a esta "expropriação em sentido constitucional": assim acontecerá na Austria, cfr. SPANNER, *ob. cit.*

E é este justamente o caso português: devemos afirmar a ilicitude destas intervenções porque contrárias à garantia constitucional, evitando a imprecisão e o equívoco de falarmos numa "expropriação em sentido amplo", que as englobasse.

Poderia mesmo — e esse é o problema que em particular nos interessa — perguntar-se se essa garantia permitiria chegar até à restrição extrema ao direito de propriedade, até à sua radical liquidação na titularidade do sujeito privado, pela extinção ou pela transferência coativa do direito. Estranhamente, a nossa Constituição não resolve expressamente o problema, mas a conjugação do art. 8.º-15.º e do art. 35.º dá-nos com segurança o critério de solução: pode efetivamente a propriedade ser retirada a um sujeito privado desde que tal represente a afetação do bem à função social que, nos termos do art. 35.º, prima sobre a função pessoal da propriedade.

Aqui radica a legitimidade constitucional das formas de privação da propriedade particular por utilidade pública.

Aparentemente, elas contrariariam o art. 8.º-15.º, uma vez que a mera remissão para "as condições determinadas pela lei civil", constante do n.º 15, não pode ser tomada como uma autorização em branco, que permita aos órgãos públicos toda e qualquer forma de atuação, inclusivamente a que destrua o núcleo essencial do direito de propriedade.

Mas o art. 35.º proclama a prevalência da função social, e daí resulta a admissibilidade do sacrifício da titularidade privada, quando um bem pode ser atribuído a uma entidade que o afete a uma função socialmente mais relevante que aquela que é desempenhada atualmente por um sujeito privado.

IX

A privação desta titularidade só é admissível para a afetação direta dos bens ao desempenho de uma função social mais relevante que a preenchida por eles atualmente

Mas, se esta é a justificação das hipóteses, em que se pode chegar até ao sacrifício da titularidade privada, aqui está também o seu limite.

Se os bens não forem **diretamente** afetados a uma função socialmente mais relevante, então a garantia constitucional da propriedade retoma o seu império.

Se não há afetação a uma função socialmente mais relevante, portanto, se a nova titularidade dos bens não produzir por si a vantagem social, deixa de se verificar a intervenção da regra do art. 35.º.

A função social prima sobre a função pessoal, mas esta função pessoal, que é reconhecida a cada titularidade privada de bens, prima sobre quaisquer outras considerações.

Estes princípios encontram ainda uma confirmação cabal na regulamentação do confisco: (38) se não é possível retirar os bens aos particulares nem em punição de um crime praticado, muito menos o será quando não houver crime.

A lei é sempre categórica: ou os bens podem desempenhar por si uma função social mais relevante e, então, são admissíveis as formas de privação do direito de propriedade, ou não podem, e, então, prevalece a titularidade privada.

Alguns exemplos esclarecerão o nosso pensamento.

Suponhamos que, para fortalecer o erário público, uma lei permite a apropriação de prédios de rendimento, embora com contrapartida em indenização adequada.

Ou, então, há uma lei que permite a requisição de ações de sociedades anônimas, para consolidar a carteira de títulos do Estado.

Essas leis seriam inconstitucionais.

A função social não as justificaria, pois ela só cobre os casos em que os bens são **diretamente afetos** à prossecução de uma nova função que não poderiam servir na titularidade dos particulares — não já aqueles em que há um mero aproveitamento da sua potencialidade de rendimento, ainda que em benefício do Estado.

(38) Neste sentido, MARCELLO CAETANO, *Direito Administrativo* cit., II, 948

A Constituição não crê que haja vantagem social na mera transferência dos bens, da titularidade de privados para a titularidade de entes públicos.

O art. 33.º, que já atrás referimos, reflete perfeitamente este princípio no domínio da atividade empresarial, ao restringir as possibilidades de atuação do Estado como sujeito econômico.

Suponhamos, agora, que uma lei permitia a aquisição coerciva dos bens de estrangeiros por particulares, desde que nacionais.

Essa lei seria igualmente inconstitucional, na medida em que representaria uma mera substituição na titularidade de um sujeito privado por outro sujeito, que desempenharia com os bens exatamente a mesma função.

Se não é possível ao Estado substituir-se na utilização dos bens aos sujeitos privados, quando não resultar daí um aumento da utilidade social dos mesmos bens, menos ainda será possível a uns particulares privarem outros do seu exercício.

Ou, melhor, isso só seria possível por intervenção de outros princípios constitucionais que primassem sobre a garantia da propriedade — possibilidade que temos de deixar em aberto, mas que, no caso exemplificado, se não verifica.

As hipóteses em que a lei ordinária prevê o sacrifício da titularidade privada confirmam quanto acabamos de dizer.

Também neste caso o Código Civil funciona como o principal repositório dos princípios gerais da nossa ordem jurídica sobre a matéria.

O preceito, claramente de índole genérica, do art. 1.308.º, estabelece: "Ninguém pode ser privado, no todo ou em parte, do seu direito de propriedade senão nos casos fixados na lei".

Há, aqui, um prolongamento da garantia constitucional da propriedade na **lei civil**, de harmonia com a previsão expressa no art. 8.º 15.º da Constituição, que remete para as condições determinadas pela lei civil.

Tem igualmente muito interesse o art. 1310.º, relativo à fixação da indenização, porque indica os casos em que se pode dar a agressão aos direitos dos particulares.

Estabelece este: "Havendo expropriação por utilidade pública ou particular ou requisição de bens, é sempre devida a indenização adequada ao proprietário e aos titulares dos outros direitos reais afetados"

Ora, em qualquer destes casos há uma afetação direta dos bens a uma finalidade socialmente mais elevada.

Assim acontece com a expropriação por utilidade pública e com a requisição, na medida em que esta permite obter efeitos semelhantes no que respeita aos bens móveis.

Escreve MARCELLO CAETANO, a propósito da expropriação, após referir o conflito entre o primitivo caráter absoluto da propriedade privada e a necessidade de realizar fins sociais de interesse coletivo mediante a utilização de bens já apropriados:

"Assim se chegou a um compromisso, admitindo-se que o proprietário seja privado dos imóveis sobre que exerce o seu direito mediante justa indenização e **apenas nos casos em que os bens se destinem a um fim de utilidade pública superior à função social que estavam a desempenhar**". (39).

Mas o mesmo se passa, afinal, na chamada expropriação por utilidade particular.

A expressão é infeliz, mas não vale a pena terçar armas contra ela, agora que o Código Civil a consagrou.

(39) *Direito Administrativo* cit., II, 945 (o sublinhado é nosso).

Accentue-se, todavia, que aqui se verifica a possibilidade de um titular impor em seu benefício a oneração ou a transmissão de um direito alheio; é duvidoso que possa levar à sua extinção, ao contrário do que é de regra na expropriação por utilidade pública.

Para se falar com rigor, deveria dizer-se que a chamada expropriação por utilidade particular também é uma expropriação por utilidade pública: há uma utilidade pública que justifica a introdução do instituto.

Por exemplo, no caso clássico da expropriação por utilidade particular — o previsto no art. 1550.º do Código Civil, pelo qual se permite ao titular do prédio encravado exigir a constituição de servidão de passagem sobre um prédio rústico circundante — há uma vantagem social direta resultante da constituição da servidão, pois o prédio encravado não podia ser aproveitado e, após a "expropriação por utilidade particular", passa a poder ser.

O aparecimento em primeiro plano dum titular privado, que é quem diretamente é beneficiado, não altera a colocação do problema.

O fato de se poder extrair dos bens uma maior utilidade social é independente do caráter público ou privado da sua titularidade.

Aliás, na própria expropriação por utilidade pública, o beneficiário da expropriação pode não ser um ente público, mas sim um particular, uma sociedade comercial, por exemplo: ponto é que prossiga aquela finalidade de interesse público que justifica a expropriação. (40).

Portanto, todas as formas de privação do direito de propriedade referidas na lei civil, para que remete o art. 8.º-15.º, pressupõem a afetação direta dos bens a uma função social que não poderiam desempenhar, a manter-se a anterior titularidade privada.

Estas observações permitem-nos chegar ainda a um esclarecimento muito importante: poderia pensar-se, por influência do que en-

(40) Cfr. MARCELLO CAETANO, *Direito Administrativo* cit., n.º 379.

sinam certos autores estrangeiros, que a garantia constitucional da propriedade se limitaria a uma garantia do valor dos bens.

Mas esta consideração meramente capitalística seria impotente para nos desvelar o espírito da nossa Constituição.

Esta pretende justamente favorecer a propriedade e desfavorecer o capitalismo.

A propriedade é, antes de mais, reconhecida uma função pessoal; ela surge como uma garantia de estabilidade perante os outros sujeitos e perante os próprios órgãos públicos. (41).

Sendo assim, é a propriedade do bem em si que é efetivamente garantida e defendida de agressões que liquidariam a sua função de anelamento da liberdade individual — e que só cede se essas agressões forem justificadas por uma função mais alta.

Portanto, a propriedade, cada propriedade, é garantida constitucionalmente — salvo expropriação, justificada pela susceptibilidade de afetação daqueles bens a uma função socialmente mais relevante.

É este o efeito primário da garantia constitucional da propriedade.

X

Estes princípios têm expressa consagração no § único do art. 49.º da Constituição, que ressalva os próprios direitos adquiridos sobre bens do domínio público

Toda esta orientação encontra confirmação expressiva no art. 49.º-§ único da Constituição Política, de que propositadamente não nos servimos até este momento.

Refere-se este ao domínio público do Estado; e dispõe o § único que “Os poderes do Estado sobre os bens do domínio público e o uso

(41) Isto exprime a referência ao casal de família constante do art. 14.º da Constituição, referência essa que é muito mais importante pelo que significa do que pelas suas potencialidades de efetivação prática.

destes por parte dos cidadãos são regulados pela lei e pelas convenções internacionais celebradas por Portugal, ficando sempre ressalvados para o Estado os seus direitos anteriores e para os particulares os direitos adquiridos, podendo estes porém ser objeto de expropriação determinada pelo interesse público e mediante justa indenização”.

Este preceito testemunha expressamente os vários princípios que temos estado a enunciar.

Primeiro, o princípio da proteção da propriedade.

Tão fortemente se impôs ao legislador constitucional que este expressamente repete a sua garantia a propósito daqueles bens em que mais duvidosa seria a proteção — os bens que estão sujeitos àquele regime tão particular que constitui o domínio público.

Em relação a eles, o interesse público é tão evidente que há autores portugueses que continuam, inadvertidamente, a caracterizar os bens do domínio público pela insusceptibilidade de serem objeto de direitos patrimoniais privados.

Essa posição poderia ser verdadeira em países estrangeiros, na Itália, por exemplo.

Em Portugal, este § único do art. 49.º traz-lhe uma rotunda negativa.

Os bens do domínio público podem efetivamente ser objeto de direitos patrimoniais privados, e a própria Constituição ressalva a existência desses direitos.

Manifesta-se, pois, de novo, e justamente no setor em que tem menor justificação a subsistência da propriedade privada, o acento protecionista da nossa lei.

Por outro lado, também esta referência aos direitos (patrimoniais) adquiridos pelos particulares confirma a latitude da noção de propriedade acolhida no art. 8.º-15.º.

Esta proteção dos direitos patrimoniais privados tem um limite, a expropriação.

Assim o diz o preceito em exame; e é evidente que a afetação a uma função social mais alta é aqui clara, pois o bem está integrado no domínio público, e o direito patrimonial privado restringe ou limita essa afetação.

Mesmo assim, ainda se impõe que essa expropriação seja determinada pelo interesse público.

Pertence, por isso, aos tribunais, órgãos de controle da constitucionalidade material das leis, determinar se são efetivamente razões de interesse público, e não outras razões, que determinaram aquela expropriação.

Para o caso de haver expropriação, esclarece, enfim, o preceito que esta se realizará — mediante **justa indenização**.

Surge, assim, incidentalmente embora, consagrado o princípio da necessidade de uma justa indenização em contrapartida da expropriação por utilidade pública.

Este princípio é facilmente generalizável, porque complementa a garantia da propriedade em caso de choque entre um concreto direito de propriedade e a função social que deve desempenhar.

A prevalência da função social conduz ao sacrifício desse concreto direito de propriedade, mas a garantia da propriedade transforma-se então numa garantia duma justa indenização em contrapartida da expropriação.

A garantia constitucional da propriedade desdobra-se assim num efeito primário e num efeito subsidiário.

O **efeito primário** consiste na defesa desta contra agressões que não sejam justificadas pela necessidade de afetação dos bens a uma função socialmente mais elevada.

O **efeito subsidiário** consiste na garantia duma justa indenização para o caso de essa eventualidade se verificar.

Também aqui o confronto com a proibição do confisco nos fornece uma útil confirmação.

Aquilo que não pode acontecer nem como pena — a supressão pura e simples de um elemento patrimonial — menos poderá acontecer quando nada se reprova pessoalmente ao titular e apenas se aceita a prevalência de uma finalidade social por razões objetivas.

O sujeito não pode ser "**castigado**" como se tivesse havido um confisco — tem de haver uma justa indenização em consequência do sacrifício que lhe é imposto.

Aliás, a possibilidade de generalização do princípio do art. 49.º-§ único resultaria sempre da consideração de que, se o legislador garante a indenização quando o direito, na sua existência atual, limita efetivamente o desempenho da função social dos bens, que são bens do domínio público, por maioria de razão a deverá garantir nas restantes situações, em que os bens desempenham atualmente uma função positiva, embora possam ser afetados a uma função social mais alta.

Esta garantia de indenização resulta, ainda, de outros princípios constitucionais.

O mais importante é o princípio da justa repartição dos encargos ou vantagens, compreendido no princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, como expressamente resulta da última parte do art. 5.º-§ único da Constituição.

A expropriação, não sendo um castigo, implica um sacrifício especial do patrimônio de um dado sujeito para a obtenção de uma finalidade de interesse público.

Todos vão se beneficiar, mas só um em particular vai ser sacrificado.

Isso não é justo e representa uma quebra da igualdade.

A justa indenização reparte o sacrifício por toda a coletividade e compensa quanto possível o titular dos bens, que passa a dispor de um equivalente patrimonial do elemento que foi sacrificado.

XI

Conseqüentemente, o princípio da proteção do direito adquirido impede, quer violações por via direta, quer violações por via retroativa da propriedade privada

Assim se estrutura a garantia da propriedade nos textos constitucionais portugueses. E, desta maneira, tem plena aplicação a conclusão anterior: se a propriedade não pode ser violada diretamente pelo legislador ordinário, tão-pouco o pode ser de modo enviesado, através de legislação retroativa.

A legislação retroativa nunca poderá ter um estatuto mais favorável que a legislação não retroativa.

O princípio é tão claro que não merece mais que ligeiras referências na doutrina.

Por exemplo, BIDART CAMPOS põe o problema da situação dos benefícios resultantes da previdência social perante a garantia constitucional da propriedade.

Com razão afirma que o direito ao benefício é um direito adquirido; e que uma lei que retroativamente o suprimisse violaria a garantia constitucional, ao atingir um bem incorporado no patrimônio. (42)

A aplicação é de fato clara.

Trata-se, como se vê, de uma incidência obrigatória e direta dos princípios anteriores, pelo que nem vale a pena gastar mais tempo em torno dela.

(42) Los beneficios previsionales y la garantía constitucional de la inviolabilidad della propiedad, na Rev. Jur. de Buenos Aires, 1958, 1, 187.

Limitamo-nos a fazer uma observação relacionada com a utilização da categoria **direitos adquiridos**.

No art. 49.º-§ 1.º (que, como vimos, representa a mais expressiva concretização da garantia geral da propriedade) a Constituição recorre expressamente à expressão **direitos adquiridos**.

Ora, de direitos adquiridos se fala justamente no capítulo da aplicação das leis no tempo: a teoria dos direitos adquiridos foi a dominante no século passado, para tentar destringir os casos em que a lei é retroativa.

Temos, pois, de verificar qual a relação desta figura com o nosso tema.

Mesmo que se entendesse que o art. 49.º-§ 1.º fazia recurso a uma precisa construção jurídica, seria necessário esclarecer em que termos se deveria processar a sua aplicabilidade.

A pergunta nasceria do fato da técnica dos direitos adquiridos (43) ter sido modernamente afastada, como critério geral de solução, sobre a aplicabilidade da lei no tempo.

Sendo assim, e uma vez que as construções legais não são vinculativas para o intérprete, caberia a este recolher o conteúdo preceptivo do comando legal e vazá-lo numa técnica apropriada.

No que ao nosso caso respeita, essa transposição seria fácil.

Todas as situações que pudessem ter interesse para a apreciação do preceito em causa são abrangidas na qualificação "direitos adquiridos" por esta teoria.

Aliás, é importante observar que a grande acusação que à teoria se assaia é a da insuficiência: PACE, por exemplo, parte corretamente da observação que a preocupação de proteger os direitos adquiridos é um princípio geral do direito.

(43) A melhor exposição sobre esta continua a ser a de GABBA, Teoria della retroattività delle leggi, 1, 3.ª ed., Turim, 1891, 184 e segs.

E esse princípio manifesta-se **também** nos conflitos temporais de leis, e pode-se concordar que a regra da não retroatividade corresponde **também** a esta exigência.

Mas já seria inadmissível pretender que a irretroatividade se esgote na preocupação da proteção dos direitos adquiridos.

A lei poderia ser retroativa também quando se aplica a fatos de que não resulta nenhum direito; ou quando viola o princípio **tempus regit actum**, ou quando reforça a proteção dos direitos subjetivos. (44)

Também ROUBIER põe repetidamente o acento crítico na insuficiência desta doutrina. (45) Desfibra este uma pluralidade de situações que não recebem qualquer esclarecimento por força da noção de direito adquirido.

E no mesmo sentido vão as afirmações dos restantes autores. (46)

Esta crítica à insuficiência da teoria dos direitos adquiridos nada nos tocaria.

Na hipótese sobre que fomos consultados, têm-se em vista direitos patrimoniais efetivamente consolidados na titularidade de sujeitos privados.

Não suscitaria qualquer dúvida o fato deles serem efetivamente salvaguardados, através da técnica dos direitos adquiridos.

Mas, mais importante ainda nos parece acentuar que a garantia do direito adquirido surge em vários domínios do direito, e não somente no direito intertemporal.

(44) Verificar-se-ia este último caso se uma lei transformasse, por exemplo, obrigações naturais, derivadas de contrato anterior, em obrigações civis: ob. cit., 139-40. Cfr., no mesmo sentido, as observações de ROTONDI no prefácio desta obra (pág. XV).

(45) *Le droit transitoire*, 2.^a ed., Paris, 1960 n.º 36.

(46) Entre nós, cfr., por exemplo, PIRESS DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 1. 5.^a ed., Coimbra, 1961, n.º 34.

São de todos conhecidas as aplicações que desta noção se fizeram no Direito Internacional Privado.

Também no direito anglo-saxão, a noção de **vested right**, a esta correspondente, ocupa uma posição de particular relevo.

Ouçamos ANDRÉ e SUZANNE TUNC esclarecer como esta se desenvolveu no direito constitucional dos Estados Unidos:

“Uma terceira série de arestos... teve por objeto a afirmação dos “direitos adquiridos” ou “direitos fundamentais” (**vested rights**), que o legislador não poderia ofender.

Estes direitos fundamentais eram essencialmente os direitos adquiridos por contrato, direitos de crédito ou direitos de propriedade...

A afirmação adicional dum princípio de proteção dos direitos privados, princípio que derivava mais ou menos diretamente da doutrina do direito natural, continha o germe de um acréscimo de proteção concedida aos particulares pelo poder federal e do controle deste sobre os poderes dos Estados”.

Em nota, esclarecem ainda estes autores que a expressão **vested rights** deve designar unicamente direitos patrimoniais, e não liberdades públicas. (47)

Demoramo-nos um pouco neste aspecto, porque a preocupação pelos direitos adquiridos é própria de sistemas altamente protecionistas da propriedade privada, de que o dos Estados Unidos nos fornece um exemplo típico.

Não admira, por isso, que, lá como cá, tenha sido necessário recorrer à noção de direito adquirido.

De qualquer forma, assiste-se hoje a uma “reabilitação” da teoria dos direitos adquiridos.

(47) *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, Paris, 1954, 97.

Um livro recentemente surgido entre nós procede a essa reabilitação mesmo no seio do direito de conflitos (transitório e internacional privado).

A noção de direitos adquiridos é inadequada para desvendar o conteúdo da regra de conflitos, mas o princípio do reconhecimento dos direitos adquiridos é o fundamento substancial da aplicabilidade da lei antiga ou da lei estrangeira. (48)

É um princípio geral desta ordem que está consagrado no art. 49.º-§ único da Constituição: pois é próprio das constituições estabelecer mais orientações gerais que regras técnicas.

O princípio da proteção dos direitos adquiridos resume, afinal, toda a orientação protecionista dos direitos patrimoniais privados.

Um dos aspectos dessa proteção é a garantia das situações particulares em caso de mudança de lei

Assim se confirma, ainda por outra via, que os concretos direitos de propriedade devem estar ao abrigo de ofensas trazidas, quer por via direta, quer por via retroativa.

XII

A privação, com fundamento no art. 8.º-2 do Dec.-Lei n.º 1/71, de direitos patrimoniais adquiridos viola a garantia constitucional da propriedade, tenha ou não havido transmissão da propriedade no sentido civilístico da expressão

Temos agora todos os elementos necessários para proceder à valoração constitucional do art. 8.º-2 do Dec.-Lei n.º 1/71.

(48) Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, "Ambito de Eficácia e Ambito de Competência das Leis, Coimbra, 1970, 20-2 e 52-61. Também FORSTHOFF, 146 e 153, afirma que a noção de direitos adquiridos, apesar da sua ambigüidade, representa um ponto de referência imprescindível para significar que uma posição jurídica, ponderadas todas as circunstâncias, se revela merecedora de proteção perante o novo direito.

Refere-se este a contratos de compra e venda de lotes de ações, por negociação particular, ou outros contratos que operem transferência de propriedade ou atribuam o direito de voto a pessoa diferente do proprietário, celebrados nos doze meses anteriores à entrada em vigor desse decreto-lei e ainda não totalmente executados.

Parece que o legislador tem em vista nos dois primeiros tipos de contratos, que são os que interessam, transferências de propriedade já operadas, uma vez que fala em contratos de transferência de propriedade.

Prevê-se também, que a execução não esteja completa, mas aqui considerar-se-ão aspectos que daquela transferência são independentes, como o que respeita ao pagamento do preço.

Nada impede, porém, que, subsidiariamente, analisemos também a situação constitucional, para casos em que o contrato já celebrado possa não ter acarretado a transferência da propriedade — caso em que haja uma reserva de domínio, por exemplo.

1) Nos casos normais, em que houve já uma transferência da propriedade, a aplicação dos princípios constitucionais é clara: nem sequer é necessário ter em conta o sentido específico de propriedade, que é de regra nos textos constitucionais.

Alguém que adquira definitivamente uma propriedade vê a sua situação tornar-se resolúvel.

O contrato pode tornar-se definitivamente ineficaz, se for recusado o consentimento a final (art. 6.º-1 do referido diploma). (49)

Quer dizer, alguém que era proprietário deixa de o ser; uma transmissão perfeita já realizada deixa de produzir efeitos.

(49) Este preceito cominará, assim, o que poderíamos qualificar tecnicamente como uma causa de ineficácia superveniente do contrato. Mas, como é óbvio, essa ineficácia só se produzirá se a lei em que se funde não for ela própria ineficaz, por estar viciada de inconstitucionalidade.

Não pode haver contradição mais clara com o preceito que garante “o direito de propriedade e a sua transmissão”.

E repare-se que o que se passou nada tem que ver com o instituto da expropriação.

Na expropriação, o bem em causa é afetado a um fim de utilidade pública a que ele não poderia servir na titularidade privada.

Aquí, não.

Os bens deixam de pertencer a um sujeito privado para passarem a pertencer a outro sujeito privado, sem que com isto se altere a função que desempenhavam.

Não houve, pois, uma afetação a um fim de utilidade pública ou de maior utilidade pública, mas uma mera sobreposição de uns interesses particulares a outros.

Como não há expropriação, não se atribui também nenhuma indenização; pois dissemos que esta é constitucionalmente concebida como a contrapartida necessária do sacrifício do particular para que os bens possam desempenhar uma função qualitativamente prevalente.

Este aspecto está ligado ao funcionamento do mecanismo geral instituído pelo decreto-lei em apreço, que não podemos deixar de considerar singular.

Invocando interesses públicos, acabou por levar a um benefício injustificado de interesses privados.

Quem decide se o interesse público é ou não atingido por esses contratos são as maiorias atualmente no poder nas sociedades anônimas, que assim vêm a sua posição consolidada.

Mesmo a intervenção do Ministro das Finanças é excepcional.

Está fora do objeto deste parecer determinar se essa opção legal por uns interesses privados em relação a outros respeitou os princípios constitucionais; mas já nos cabe verificar que há decerto inconstitucionalidade quando há eficácia retroativa, nos termos do art. 8.º-2.

Então não se prefere apenas um interesse privado a outro interesse privado — tira-se o que pertencia a um privado para dar a outro.

Isto é inaceitável, pois a Constituição não permite à lei fazer opções entre sujeitos privados.

Podem retirar-se bens a um particular para se afetarem diretamente a um interesse público.

Não podem já, como vimos, ser retirados na base de uma consideração indireta do interesse público, para aumentar as reservas do Estado, por exemplo.

Muito menos o poderão quando os bens são simplesmente retirados a um sujeito privado e entregues a outro, que continua a desempenhar, em relação a eles, exatamente a mesma função.

É de supor que o legislador tenha tido em vista considerações de interesse geral ao publicar o Dec.-Lei n.º 1/71, pois é natural que haja sempre considerações de interesse geral na base de cada ação legislativa.

Mas, num Estado de Direito, nem todos os meios são adequados para se atingirem os fins, mesmo de interesse geral, que o legislador se possa propor.

Um fim de interesse público pode ter sido servido por um meio inconstitucional.

O que dizemos pode ser ilustrado através dum confronto com uma atuação não retroativa da lei que fosse inspirada por considerações semelhantes às que inspiraram a sua atuação retroativa.

Suponhamos que o legislador, preocupado com a “alteração no funcionamento normal da concorrência entre empresas” (art. 4.º-1 do

Dec.-Lei n.º 1/71), ordena que as maiores empresas de certo ramo cedam aos seus concorrentes determinada percentagem do seu capital social.

Seria clara a inconstitucionalidade de tal procedimento, por mais que o legislador se propusesse uma finalidade de interesse público.

Pois também é clara a inconstitucionalidade de uma disposição retroativa que visa retirar de um para atribuir a outro parte do capital de certa sociedade, ainda que a sua finalidade seja evitar alteração no funcionamento normal da concorrência entre empresas.

Está, assim, viciada esta disposição, que não preenche os requisitos mínimos indispensáveis para a legalidade do sacrifício dos direitos privados de propriedade.

2) Mas, como dissemos, convém ainda examinar subsidiariamente a hipótese de os contratos em causa não terem provocado imediatamente a transferência da propriedade.

Nessa hipótese, resulta já do que dissemos que, se a situação civilística é muito diversa, a situação constitucional em nada se altera.

Temos de entrar aqui em conta com o conceito especificamente constitucional de propriedade, que expusemos nos números anteriores.

Concluimos então que a propriedade, na sua acepção constitucional, abrange todos os direitos patrimoniais privados.

Ora, de um contrato, como aqueles que se referem no art. 1.º do diploma em causa, mesmo que não resultasse um direito de propriedade, o que resultaria sem dúvida seria um direito patrimonial privado.

O comprador ficaria, em qualquer caso, com um direito aos bens: mesmo que haja uma reserva de propriedade, a propriedade automaticamente se adquirirá, uma vez realizado o último ato de execução previsto.

Nos outros contratos, destinados a operar uma futura transferência de propriedade, também na generalidade dos casos haveria uma

expectativa real, quer dizer, uma situação que automaticamente, portanto, sem dependência de nova declaração de vontade, conduziria à aquisição do direito real de propriedade logo que verificado o último pressuposto que tivesse sido previsto. (50)

É evidente a existência, neste caso, de um direito patrimonial privado.

Mas a situação também não se alteraria se do contrato resultasse um simples direito de crédito: ainda haveria um direito adquirido, uma "propriedade" portanto, no sentido constitucional.

Temos, pois, que o art. 8.º 2 do Dec.-Lei n.º 1/71 viola a garantia constitucional da propriedade, quer haja, quer não, transferência de propriedade no sentido civilístico.

XIII

Essa privação viola também o princípio da igualdade dos encargos ou vantagens, compreendido no princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, porque estabelece diferenciações entre sujeitos em condições iguais

Dissemos inicialmente que, em correlação com a garantia do direito de propriedade, a disposição em análise ainda defronta as dificuldades derivadas do princípio constitucional da igualdade dos cidadãos perante a lei.

Incidentalmente, fomos até levados a fazer uma referência em que mostramos como a garantia constitucional da propriedade se encontra paredes meias com o princípio da igualdade: dissemos que a exigência de uma indenização, em contrapartida da expropriação, radica também no princípio da justa repartição dos encargos e vantagens, expressamente referido pela Constituição Política, no art. 5.º, como compreendido no princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei.

(50) Sobre a noção da expectativa real, cfr. as nossas *Relações Jurídicas Reais*, Lisboa, 1962, 246 e segs.

De fato, tem sido notado na doutrina como os problemas relacionados com a garantia constitucional da propriedade e a expropriação se ligam inseparavelmente a outros princípios constitucionais, e nomeadamente ao princípio da igualdade e ao princípio da igualdade de encargos, que deriva daquele. (51)

Assim é, efetivamente.

Mas, o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, dada a sua própria generalidade, é um princípio dificilmente maneável.

Representa necessariamente uma das traves mestras das ordens constitucionais modernas, mas exige uma elaboração complexa e uma grande finura do intérprete para permitir atingir conclusões produtivas.

Todavia, já alguns estudos muito valiosos, como o de GROTTANELLI DE SANTI, (52) permitiram concretizar e chegaram a algumas orientações precisas neste domínio.

O nosso trabalho está, todavia, facilitado por dois elementos: por um lado, pela investigação anterior; por outro, pela concretização da idéia geral de igualdade que nos é dada pelo direito constitucional português.

1) Pelo que respeita ao primeiro elemento, resultou das considerações expendidas até aqui que o preceito se aplica a situações concretas (porque já realizadas) de tal modo que, de entre dois sujeitos, um que transmitiu e outro que adquiriu, se prefere um a outro: um vai ser beneficiado e outro sacrificado.

Cria-se, entre os dois, um desigual tratamento por parte da lei.

Mas não se encontram naquela situação elementos objetivos que justifiquem esta diversidade.

(51) Cfr. SPANNER, ob. cit., 482, que refere ainda o princípio da liberdade da pessoa e a idéia fundamental do Estado de Direito.

(52) Ob. cit., 98 e segs.

Transmitente e adquirente são dois iguais perante a lei.

Não se compreende, pois, que um venha a ser sacrificado e outro beneficiado, caindo-se numa modalidade típica de tratamento desigual de casos semelhantes.

Aqui se diferencia profundamente esta situação das hipóteses normais de expropriação por utilidade pública.

Nestas, todos os titulares estão em igualdade de condições: todos estão sujeitos a verem os bens expropriados para serem afetos a uma função socialmente mais útil.

Concretamente, só algum ou alguns vêm a ser sacrificados, mas isso porque só em relação a algum ou alguns bens se concretiza aquela supremacia da nova afetação que fora abstratamente prevista por lei.

Aqui, há dois sujeitos em igualdade de condições, e tirar a um para atribuir a outro é negar a identidade de tratamento que devem receber por parte da lei.

2) Por outro lado, dissemos que nos textos constitucionais portugueses há concretizações que são muito significativas.

Efetivamente, o art. 5.º-§ 2.º (53) não só esclarece que a igualdade dos encargos ou vantagens dos cidadãos está compreendida na igualdade perante a lei, como ainda ressalva as categorias de diferenças admissíveis.

São estas as que forem impostas:

— Pela diversidade das circunstâncias

— Pela natureza das coisas.

São dois critérios de grande amplitude: tinha de ser assim, pois a igualdade perante a lei não significa uma igualdade matemática.

(53) § único na versão anterior.

Ela arranca as suas raízes da exigência do tratamento igual de casos semelhantes, pelo que, antes de mais, é necessário verificar se os casos que se têm em vista são realmente semelhantes.

Mas, sendo embora de grande amplitude, essas previsões hão de ser passíveis de uma descrição jurídica, pois seria inadmissível escurar-nos com a sua amplitude para esvaziar o conteúdo de uma regra fundamental, como é a da igualdade dos cidadãos perante a lei.

Procuraremos, pois, captar, em relação a cada uma, o seu verdadeiro sentido.

Começando pelo que respeita à **natureza das coisas**, é justificável relacionar esta previsão com uma orientação jusnaturalista, que é a própria da Constituição portuguesa.

Com razão se tem visto no art. 4.º da Constituição, e na sua referência à moral e ao **direito** como limites da soberania, o reconhecimento de um direito anterior e superior ao Estado, que seria justamente o Direito Natural.

Este estaria insito na natureza das coisas, o que significaria, pois, que haveria maneiras de ser sociais que se imponham ao próprio legislador.

Aliás, no mesmo § único do art. 5.º se contém uma referência à **natureza** como justificativa de diferenças de tratamento baseadas no sexo.

Isto significa que a ressalva da natureza das coisas abrange aquelas hipóteses de distinções essenciais entre os vários seres, fundadas no próprio direito natural e que a lei terá necessariamente de reconhecer.

Assim, devem considerar-se impostas pela natureza das coisas as diferenciações respeitantes ao serviço militar, que atingem os cidadãos fisicamente aptos e excluem os diminuídos físicos, ou aquelas que levam a conceder um tratamento privilegiado a certas camadas da população, como as crianças ou os velhos.

Já a referência à **diversidade das circunstâncias** se reporta, não a diferenças essenciais, mas a diferenças históricas ou sociais entre os cidadãos, que devem igualmente conduzir a uma diversidade de tratamento.

A situação é particularmente nítida em matéria fiscal.

Aparentemente, a igualdade dos cidadãos conduziria em linha reta aos impostos de capitação, quando na realidade a diversidade das circunstâncias implica que uma justiça substancial só seja servida por maneiras profundamente diferenciadas também.

Da mesma forma, a atribuição de prémios ou galardões especiais não pode deixar de ter em conta a diversidade de méritos que cada um revelou.

Ora bem.

Vemos que o preceito em discussão violou o princípio da igualdade perante a lei, na sua faceta de igualdade de encargos e vantagens, porque não encontra também apoio em nenhuma destas excepções que o próprio art. 5.º-§ 2.º refere.

Não há, evidentemente, entre comprador e vendedor nenhuma daquelas diferenças essenciais, impostas pela natureza, que justifique que um seja beneficiário e o outro prejudicado.

Tampouco a referência à diversidade das circunstâncias pode ser aqui de qualquer utilidade: estas compras e vendas situam-se no plano das relações entre iguais, regendo-as a justiça comutativa.

Nenhum motivo há para supor uma necessidade de protecção de quem vende em relação a quem compra lotes de ações, nem foi essa certamente a razão da lei.

Se, apesar disso, esta apóia a diferenciação profunda que consiste em retirar a propriedade a um e dá-la a outro, ofende também o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei e, portanto, é materialmente inconstitucional à luz deste art. 5.º.

XIV

No caso de o art. 8.º-2 ser uma disposição substancialmente individual, ela é ainda inconstitucional porque só pode ser imposto um sacrifício a um sujeito determinado na base de lei geral

Há, ainda, um último elemento, que está por assim dizer na progressão deste que acabamos imediatamente de referir e ao qual não parece ocioso fazer ainda uma menção.

Afirma-se na consulta que o decreto-lei é substancialmente individual, portanto, que pretende atingir um caso concreto.

Tomando como hipótese de trabalho esta qualificação, que conseqüências poderão resultar daí no plano constitucional?

Desde logo, deveríamos perguntar quais as conseqüências da atribuição do caráter individual a um texto legal.

Teríamos, nessa altura, uma lei em sentido formal, mas não uma lei em sentido material, para recorrer à classificação que é normalmente utilizada pela doutrina portuguesa.

Quer dizer, o diploma teria as formas do decreto-lei mas não conteria normas, logo, disposições gerais, portanto não seria uma lei em sentido material. (54)

O fato de uma lei só o ser em sentido formal pode trazer dificuldades, nomeadamente porque, quanto ao seu conteúdo, é antes um ato administrativo que um ato legislativo.

Isso pode ter conseqüências no respectivo regime, sem que por tal possamos todavia afirmar que o diploma é inconstitucional.

No caso concreto, porém, o fenômeno tem uma relevância muito particular.

(54) Cfr. as nossas referidas lições de *Introdução ao Estudo do Direito*, n.º 90. Trata-se de uma distinção assente entre nós. Cfr. por exemplo MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política*, n.ºs 111 e 112.

É que o caráter individual do preceito representaria um passo mais no sentido da violação do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei: haveria a pretensão de impor aqui um encargo excepcional a um sujeito determinado.

Já não haveria apenas uma escolha entre categorias de sujeitos iguais, compradores e vendedores, com a conseqüência de áqueles ser retirada uma propriedade que a estes é atribuída.

Haveria mais, haveria o assestamento do desfavor sobre um sujeito individualmente determinado de modo a impor-lhe esse sacrifício.

Isto não é admitido pela ordem constitucional portuguesa.

As intervenções individuais sobre a situação dos particulares devem processar-se na base de lei geral.

Nomeadamente, não pode a Administração, por força do princípio da legalidade, optar a seu talante pelas formas de intervenção que prefira; tem de observar os critérios estabelecidos na lei.

Um preceito substancialmente individual não é a lei geral que a Constituição postula.

Logo, haveria nova quebra do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, particularmente no que respeita à repartição dos encargos entre os cidadãos.

Supomos que é exatamente neste sentido que se tem excluído entre nós a possibilidade de existência de leis individuais.

Disse a este propósito FEZAS VITAL: "Parece que, se a lei deve ser igual para todos, porque se o não for não há igualdade de todos perante a lei, uma lei não pode nunca ser individual e concreta, porque em tal caso aplicar-se-ia só a certa e determinada pessoa, parecendo, assim, prejudicar o princípio da igualdade perante a lei."

É a consequência que da teoria da generalidade faz derivar, por exemplo, CARRÉ DE MALBERG". (55)

Acentua-se que o autor parte expressamente do princípio constitucional da igualdade dos cidadãos perante a lei.

Note-se que em todo este raciocínio tivemos em vista, apenas, o art. 8.º-2 do Dec.-Lei n.º 1/71.

Pode um determinado caso individual ter servido de **occasio legis** ao diploma em causa: nada há de incorreto se assim tiver acontecido.

Mas esse caso individual, em relação ao art. 8.º-2, não seria apenas a **occasio legis**, antes esgotaria substancialmente o seu próprio conteúdo.

Esta atuação em direção individual é que não é consentida à Administração, ainda por aplicação do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei.

Mas, afirma-se na consulta, o preceito é **substancialmente** individual.

Na verdade, ele é na aparência genérico, pois na sua formulação não refere um caso individual.

Pode acontecer até que, ao aplicar-se, se verifique que mais alguns casos caíam no seu âmbito.

Fará isso alterar a colocação do problema?

Não o faz, porque a proibição da fraude à lei abrange também a ação governativa.

(55) **Direito Constitucional**, lições publicadas por MENDES DE ALMEIDA e J. A. OLIVEIRA, Lisboa, 1936/37, 179.

Muito fácil seria se o legislador pudesse torner a dificuldade de produzir leis individuais em violação da Constituição, desde que lhes desse uma roupagem genérica.

Por isso, as leis formalmente genéricas, mas substancialmente individuais, são para todos os efeitos leis individuais, sujeitas ao regime para elas estabelecido.

Nem caso destes caberá, pois, ao intérprete verificar se a formulação exterior da generalidade corresponde ou não à sua essência.

Nomeadamente, devem fazê-lo os tribunais, na sua função de fiscalizar a constitucionalidade material da lei. (56)

Se se provar que a generalidade é aparente, e que a formulação do preceito é apenas um disfarce para esconder a intenção de abranger um caso concreto, o intérprete deverá concluir que o preceito é substancialmente individual e tirar daí todas as consequências jurídicas que estiverem ligadas a essa individualidade.

XV

Caso não tivesse sido violada a garantia primária do direito de propriedade, teria sido violada a garantia subsidiária do direito à justa indenização em caso de privação de um direito patrimonial

Para terminar, vamos abstrair de quanto dissemos sobre o efeito primário da garantia da propriedade privada na sua aplicação ao caso concreto.

(56) Efetivamente, o tribunal não pode deixar de verificar se as limitações constitucionalmente estabelecidas foram ou não respeitadas, mesmo que isso lhe imponha a apreciação de conceitos muito latos. Assim, nota por exemplo SPANNER, ob. cit., 477-9, que o tribunal pode controlar se uma determinada intervenção se fez ou não no interesse público, porque interesse público é também um conceito jurídico. Isto não significa que o tribunal se substitua aos órgãos governativos na apreciação da oportunidade, que só a eles cabe.

Vamos supor que seria legítima, face à Constituição, a privação da propriedade em detrimento de quem a adquirira; ou, o que é o mesmo, suponhamos que a retrotransmissão da propriedade, que resultasse do Dec.-Lei n.º 1/71, era realmente justificada pelo princípio da função social.

Nesse caso, o Dec.-Lei n.º 1/71 mereceria ainda alguma observação no que respeita à sua constitucionalidade?

Vejamos.

Haveria então que contar com o efeito subsidiariamente resultante da garantia constitucional da propriedade: o sacrifício da titularidade privada deveria ter contrapartida em justa indenização.

Vimos já com que ênfase esta regra é imposta numa ordem jurídica fortemente protecionista da propriedade privada, como a nossa.

Vimos também que ela tem a sustentá-la simultaneamente vários princípios constitucionais, como o próprio princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei.

Aliás, havia que contar ainda com a garantia constante do art. 8.º-17.º da Constituição Política: "o direito de reparação de toda a lesão efetiva, conforme dispuser a lei".

Resultou suficientemente de quanto dissemos atrás que derivam do preceito em causa lesões efetivas; estas em caso nenhum podem ser tão nítidas como quando alguém adquiriu um direito e é radicalmente privado dele.

Ainda que as lesões fossem lícitas, nem por isso se dispensaria uma indenização.

Mais uma vez observamos que é próprio das declarações constitucionais de direitos que a remissão para a lei signifique que cabe à lei ordinária dar forma ao princípio, mas de modo nenhum que esta possa pôr em causa o núcleo fundamental da garantia consagrada.

Ora bem, encarando por este prisma o Dec.-Lei n.º 1/71, mesmo não teríamos de duvidar da sua constitucionalidade, porque nele não se encontra nada que, com um mínimo de verossimilhança, se possa parecer com a justa indenização que a Constituição exige.

A consequência geral da falta de consentimento para os contratos em causa é a prevista no art. 6.º-1 do diploma em análise: são definitivamente ineficazes os contratos celebrados antes desse consentimento, tanto em relação às partes como em relação a terceiros, incluindo a sociedade.

Não se teve, portanto, minimamente em conta a indenização de quem fosse privado do seu direito.

A restituição das partes à situação anterior tem finalidades muito diversas das da indenização, e não custa adivinhar que, aplicada a este caso, fique longe, muito longe mesmo, de satisfazer as exigências de uma justa indenização.

Eis, portanto, um outro aspecto, segundo o qual o Dec.-Lei n.º 1/71, mesmo que escapasse à primeira ordem de críticas que lhe dirigimos, ficaria sujeito à censura dos tribunais por ofender materialmente a Constituição

XVI

C O N C L U S Õ E S

Resta-nos sintetizar as conclusões que se foram apurando ao longo desta nossa investigação.

É simples fazê-lo: basta serarmos as várias teses parcelares que se nos foram sucessivamente revelando.

Temos assim que:

- 1.º O art. 8.º-2 do Dec.-Lei n.º 1/71 contém uma disposição retroativa;
- 2.º A Constituição Política Portuguesa não exclui nem permite genericamente a atuação retroativa das leis;

- 3.º Há uma exclusão constitucional expressa da retroatividade extrema, que é aquela que ofende o caso julgado;
- 4.º Há uma exclusão constitucional expressa da retroatividade das normas incriminadoras;
- 5.º Para além disso, se o legislador ordinário não pode violar a Constituição mediante leis não retroativas, ainda menos o poderá fazer mediante leis retroativas;
- 6.º No quadro das garantias constitucionais, a propriedade ocupa, entre nós, uma posição privilegiada;
- 7.º A garantia constitucional da propriedade abrange todos os direitos patrimoniais;
- 8.º O direito de propriedade é limitado pela função social, constitucionalmente atribuída a este direito; por exigência desta, pode, inclusivamente, chegar-se ao sacrifício da titularidade privada;
- 9.º A privação desta titularidade só é admissível para a afetação direta dos bens ao desempenho de uma função social mais relevante que a preenchida por eles atualmente;
- 10.º Estes princípios foram expressamente consagrados no art. 49.º — § único da Constituição, que ressalva os próprios direitos adquiridos sobre bens do domínio público;
- 11.º Conseqüentemente, o princípio da proteção do direito adquirido impede, quer violações por via direta, quer violações por via retroativa da propriedade privada;
- 12.º A privação, com fundamento no art. 8.º-2 do Dec.-Lei n.º 1/71, de direitos patrimoniais adquiridos viola a garantia constitucional da propriedade, tenha ou não havido transmissão da propriedade no sentido civilístico da expressão;

- 13.º Essa privação viola também o princípio da igualdade dos encargos ou vantagens, compreendido no princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, porque estabelece diferenciações entre sujeitos em condições iguais;
- 14.º No caso de o art. 8.º-2 ser uma disposição substancialmente individual, ela é, ainda, inconstitucional, porque só pode ser imposto um sacrifício a um sujeito determinado na base da lei geral;
- 15.º Caso não tivesse sido violada a garantia primária do direito de propriedade, teria sido violada a garantia subsidiária do direito à justa indenização em caso da privação de um direito patrimonial.

INFORMÁTICA JURÍDICA: UMA NOVA PERSPECTIVA NO DIREITO

MARIA IZABEL DE A. RIBEIRO
FONYAT

Assessor Jurídico da Consultoria-Geral do
Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil da Universidade
do Vale do Rio dos Sinos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

- I — INFORMÁTICA E INFORMAÇÃO
- II — INFORMÁTICA JURÍDICA
- III — VANTAGENS DE UMA INFORMÁTICA JURÍDICA
- IV — SISTEMA DE INDEXAÇÃO COORDENADA
 - A. Generalidades
 - B. Implantação do Sistema
- V — UTILIZAÇÃO DO COMPUTADOR EM PESQUISAS JURÍDICAS MAIS COMPLEXAS
 - A. O computador na elaboração do direito
 - B. Necessidade de construção de uma linguagem jurídica rigorosa

CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

Informática jurídica. Não parece um tanto quanto paradoxal a justaposição dos termos? Pode a Ciência do Direito valer-se da tecnologia avançada para seu maior desenvolvimento? Quais seriam as vantagens auferidas no campo jurídico com o uso do computador? Em caso de afirmativa, que espécies de pesquisas jurídicas poderiam ser utilizadas através do computador?

Estas seriam algumas das indagações colocadas pelo estudioso do Direito frente à máquina.

Vários têm sido os estudos apresentados, principalmente por autores estrangeiros, buscando se aprofundar nestas questões, explicando a possibilidade de ser introduzido o uso do computador no direito, os benefícios que o empreendimento acarreta, bem como a maneira de ser conduzido o trabalho.

As indagações não ficaram adstritas a um campo meramente teórico, mas sim grupos de trabalho formaram-se e continuam se formando para pôr em prática as idéias que vêm sendo formadas sobre o assunto.

Norbert Wiener formulou a tese de que os problemas jurídicos eram comunicativos e cibernéticos, quer dizer, eram problemas de regulação ordenada e receptível de certas situações críticas. Se pelo menos uma parte apreciável dos problemas de direito é uma questão de regulação receptível e ordenada de situações críticas, a cibernética e a teoria da informação têm considerável importância para a teoria e a prática do direito. (1)

“Les deux termes — Cybernétique et Droit, machines à penser et Droit, peuvent se rencontrer sur deux plans, l'un modeste et immédiatement pratique, l'autre bien plus élevé”. (2)

I — INFORMÁTICA E INFORMAÇÃO

Nós podemos dizer, usando das palavras de Jean-Paul Buffelan (3), que estamos na civilização da informática.

Trata-se, pois, de uma ciência recente, que, juntamente com a cibernética, vem alcançando vertiginoso sucesso nos últimos tempos.

(1) KLUG, Ulrich — *Problemas de filosofia del derecho*. Argentina, Ed. SUR, 1966. 95 p.

(2) DAVID, Aurel — “La Cybernétique et le Droit”. In: II e COLLOQUE DE PHILOSOPHIE DU DROIT COMPARÉE, Toulouse, sep. 1966. *Collection Philosophie Comparée du Droit et de l'État — La Logique Juridique II*. Paris, Ed. A. Pedoril, 1967. (Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Toulouse), p. 147.

(3) BUFFELAN, Jean-Paul — op. cit., pág. 1

“Ciência nova, a Informática já foi incluída no currículo de escolas e faculdades. Seu respectivo desenvolvimento defluiu principalmente do progresso da eletrônica, que possibilitou a utilização de potentes máquinas, e, por meio destas, a organização de centros de pesquisa automática. Marea esse fato o término da pesquisa dita manual, por oposição àquela. Daí para o futuro os engenheiros de organização poderiam explorar com êxito o domínio da documentação não numérica. Havia-se incidido no erro de acreditar que a competência dos computadores se limitaria às questões cifradas, de contabilidade e de cálculos. Atualmente se sabe que as idéias, desde que transformadas em cifras, podem ser tratadas pela máquina” (4).

Os autores são uniformes na afirmativa de que se trata de um termo criado por M. Philippe Dreyffus, para quem a informática significa a “Ciência que se ocupa do trabalho racional, mediante máquinas automáticas, da informação tomada como suporte de conhecimentos técnico, econômico e social”. (5)

Para Mikhailov, que aceitou e elaborou esta conceituação de Dreyffus, “informática é a disciplina da ciência que investiga a estrutura e propriedades (não conteúdo específico) da informação científica, bem como as regularidades da atividade da informação científica, sua teoria, história, metodologia e organização. O objetivo da informática é desenvolver métodos e meios ótimos de apresentação científica.

A informática trata da informação lógica (semântica), mas não se envolve em estimar qualitativamente esta informação. Tal avaliação só pode ser levada a efeito por especialistas, nos campos específicos da ciência ou da atividade prática” (6).

(4) DUNES, André — *Abstrat: Problemas da Informática em Direito*. (Revista da Consultoria-Geral do Estado). Porto Alegre. Instituto de Informática Jurídica 6 (15): 11-49, 1976.

(5) DREYFFUS, P. — “L'informatique”. *Gestion*, p. 240-1, juin 1962.

(6) MIKAILOV, A. I., CHERNYI, A. & GILIAREVSKY, R. S. — “Informatics: new name for the theory of scientific information”. *FID News Bulletin*, 17 (7): 70-4 (1967).

Informática é a “1. ciência que estuda o aspecto teórico e prático das atividades concernentes à coleção, processamento, armazenagem, recuperação e disseminação da informação/documentação, através da mecanização e da automação; 2. sistema de informação/documentação relativo a um determinado ramo do conhecimento com o emprego do equipamento cibernético, como p. ex. Informática agrícola, Informática aeronáutica, etc.” (7)

Dos conceitos até aqui emitidos podemos concluir que a informática trabalha com a informação.

Analisando-se o termo informática, neologismo criado por M. Philippe Dreyffus, encontramos a combinação dos termos “informação” e “automática”. Informação compreendendo tudo aquilo que pode ser comunicado entre homens ou entre máquinas, tal como uma folha do Diário Oficial, uma decisão jurisprudencial, etc. Chama informação, na linguagem mais científica, toda a ação física acompanhada de um efeito psíquico. Decompõe-se uma informação em dois elementos — um físico, chamado de “suporte”, o outro psíquico, chamado de semântica. A informação é, pois, a noção de base da informática. Todas as máquinas informáticas trabalham com informações. Ex. de informática jurídica: o surgimento de um sinal vermelho em um cruzamento informa o automobilista da existência (temporária) de uma proibição de atravessar. As máquinas aperfeiçoam a informação, as quais podem ser conservadas, transmitidas, transformadas ou combinadas. (8)

É princípio da teoria da informação que uma informação se caracteriza por um suporte e uma semântica. Constitui, assim, a mensagem. O suporte é a forma como é expressa a mensagem, e a semântica, o conteúdo, o significado.

“Só a informação completa, oportuna e pertinente será capaz de proporcionar as bases indispensáveis à formulação de um plano de

(7) VICENTINI, Abuer Lellis Corrêa — “Da Biblioteconomia à Informática”. *Revista do Serviço Público*, 105 (3): 270 p. set/dez. 1970.

(8) BUFFELAN, Jean-Paul, op. cit., p. 1

ação válido. E isso é tarefa da informática. A informática nos fornece os modelos para que o tratamento à massa ingente de informações, que cresce cada vez mais, se faça com fulminante rapidez e com apreciável margem de segurança quanto aos resultados, desde que haja prévia análise do problema e programação adequada”. (9)

A máquina permite, pois, “armazenar e classificar em suas memórias enorme quantidade de números, somas, documentação. Oportuniza acessos múltiplos a esta última, através de contatos ultra-rápidos. Deste modo torna-se fácil toda e qualquer pesquisa”. (10)

“L’informatique peut être définie comme la science du traitement logique et automatique de l’information. Elle comprend donc les techniques et moyens liés à cette science, que concernent la collecte, le stockage, le traitement — (stricto sensu) et la diffusion de l’information”. (11)

II — INFORMATICA JURÍDICA

Se partirmos da idéia difundida e aceita pelos estudiosos no assunto de que a informática é essencialmente a ciência e a técnica do tratamento automático e racional da informação, podemos dizer que pode ser feita informática em diversas matérias, tais como: médica e jurídica. Se aplicada a informática ao campo do direito teremos necessariamente de concluir que está sendo feita uma informática jurídica.

A informática jurídica visa, portanto, à busca automática da informação jurídica, em especial, das fontes do direito, em substituição à pesquisa manual.

(9) MIRANDA NETTO, Antonio Garcia de — “Cibernética e Informática”. In: *Benedicto et alii. Da documentação à informática, Seminário de 24 a 27 de novembro de 1971*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas — Instituto de Documentação, 1974. p. 9-10.

(10) DUNES, André, op. cit., p. 3

(11) CHOURAQUI, Alain — *L’informatique au service du droit*. Paris, Presses Universitaires de France, 1974. 303 p. (Collection SUP. Section “Le Juriste”, 3) p. 9

Prometendo uma melhor reunião do tratamento da informação, consiste em reunir, depois em tratar a informação segundo certas regras. (12)

Conforme veremos mais adiante, proporciona ao jurista uma maior facilidade em situar os documentos desejados dentro de tão vasto material que se lhe apresenta, contribuindo, conseqüentemente, para a realização de seu trabalho criativo.

A finalidade da informática jurídica é fornecer soluções, não importando de que fonte promanem. A solução procede ora da lei, do decreto, da jurisprudência ou da doutrina. Estamos em um domínio onde as técnicas gerais de pesquisa são tão importantes quanto a matéria (o direito) à qual se aplicam. O jurista, colaborando com especialistas em outras matérias, pode instituir trocas frutuosas com os informaticistas, os documentadores, os lógicos e os técnicos da semântica. (13)

A informática jurídica pressupõe que a pesquisa toda tenha por finalidade a utilização do computador eletrônico. Em outras palavras, trata-se de criar programas específicos que permitam memorizar no computador um determinado tipo de documentação e recuperá-lo em seguida, selecionando-o por assunto. (14)

Ao direito impõe-se como necessidade crescente acompanhar o progresso tecnológico, utilizando-se do desenvolvimento da informática e conseqüentemente aplicando-a ao seu campo específico que é o jurídico, criando-se desta forma um novo ramo dentro do estudo da ciência do direito: a informática jurídica.

(12) MEHL, Lucien — "Informatique juridique et droit comparé" *Revue Internationale de Droit Comparé*, 20 (4): 617-627, oct./dec. 1968.

(13) DUNES, André, op. cit., p. 3

(14) LOSANO, Mário — *Lições de Informática jurídica*. São Paulo, Ed. Resenha Tributária, p. 237.

"La mise en mémoire et en ordinateur aussi complète que possible de la documentation jurisprudentielle est l'un des objectifs primordiaux de l'informatique juridique". (15)

III — VANTAGENS DE UMA INFORMÁTICA JURÍDICA

"Nous sommes perdus dans nos arrêts".

Estas palavras pronunciadas por M. Hazard, Professor de Direito Comparado da Colúmbia University, proferidas por ocasião da Semana Internacional de Direito Comparado, cujo tema era Informática e Documentação, e reproduzidas em um trabalho de J. Bel (16), bem demonstram a problemática que envolve o acúmulo de documentos jurídicos em nosso tempo.

Estamos vivendo em uma época onde cresce desmesuradamente o volume de informações. Difícil é encontrarmos o estudioso do direito, mesmo se limitarmos o direito a um de seus ramos específicos, completamente atualizado no referente à matéria legislativa, jurisprudencial e doutrinária. Os trabalhos de pesquisa jurídica levados a efeito segundo o método tradicional são desgastantes, já que é preciso manusear uma série de documentos cuja localização é muitas vezes difícil de ser encontrada, exigindo uma perda de tempo muito grande em fatigantes pesquisas.

Acontece que muitas vezes, tendo-se em vista a urgência nas decisões a serem tomadas, se apresentam estas pesquisas de forma precária e incompleta.

Ainda, dispendendo o jurista seu tempo na busca de material para estudo, é afetado, conseqüentemente, o trabalho jurídico que realiza, o qual exige uma reflexão e análise aprofundada.

(15) MARTY, Gabriel & RAYNAUD, Pierre — *Introduction générale a l'étude du droit*. 2. ed. Paris, Sirey, 1972. V. 1. 532 p.

(16) BEL, Jean — "Informatique et Droit Comparé". *Revue Internationale de Droit Comparé*, 22 (2): 269-295, abr./jun. 1970.

Novas perspectivas surgem com o emprego do computador no direito. Introduzida a pesquisa documental jurídica automatizada, a informação será transmitida com maior rapidez e perfeição, permitindo um acompanhamento constante das questões jurídicas recentes.

A informática jurídica poderá colocar em ordem o caos crescente, o qual surge com a explosão das informações. A informática jurídica pode ser concebida como uma ajuda tanto à criação do direito (por ex. atividade legislativa) como à aplicação do direito (por ex. atividade dos magistrados e advogados). A primeira se ocupa do direito que deve ainda nascer, a segunda daquele já existente — a técnica da informática é a mesma em ambos os casos. (17)

O jurista perdeu-se em uma massa de documentos jurídicos tão numerosos e constantes, que estão a exigir o auxílio da máquina. A informação jurídica bem organizada o liberará de pesquisas longas e incertas, para lhe possibilitar a feitura de seu verdadeiro trabalho, que é o do pensamento. As possibilidades da máquina são prodigiosas. A rapidez e a segurança da informação trarão uma ajuda considerável, permitindo que pesquisas atualmente impossíveis sejam feitas. O computador não somente tornará a pesquisa mais acessível, mas também tornará acessível uma documentação que atualmente não existe, ou seja, melhorando a consulta dos dados existentes e ao mesmo tempo, alargando o campo, o domínio dos conhecimentos que podem ser apreendidos comodamente por um pesquisador do direito. Tanto para o pesquisador como para o prático do direito, o volume dos conhecimentos facilmente acessíveis somente pode melhorar a qualidade e a produtividade. (18)

“Como o direito, incluído entre as demais ciências, depende de ampla utilização da pesquisa, importa esteja o jurista familiarizado com as suas fontes. A coleta de elementos que ele realiza através da pesquisa manual é longa e fastidiosa. Supõe lidar com copiosos e pesados volumes, manuseá-los, consultar tabelas, catálogos, índices, rubricas, subdivisões, com nomenclatura heterogênea.

(17) LOSANO, M. G. — “Lessicografia computazionale e informática giuridica”. *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano, Ed. Dott. A. Giuffrè, 4(48): 349-53, oct./dez. 1971.

(18) BEL, Jean, op. cit., p. 8

Acresce que o resultado é aleatório: dependendo das qualidades do pesquisador, pode ser mau, medíocre, bem melhor, sem nunca ser excelente. E ninguém dispõe de biblioteca particular completa.

A pesquisa automática livrará o jurista de todos esses incômodos”. (19)

A respeito da concorrência que pode surgir com a criação de centros automatizados, Irving Kayton se pronuncia no sentido de que aqueles que participam destes centros serão fortes concorrentes daqueles que não estão a eles vinculados. Pois, os primeiros consagrarão uma grande parte de seu tempo à reflexão jurídica criadora ao invés de manipularem livros empoeirados. (20)

Certos processos mecânicos possibilitam para o jurista gozar de maior liberdade e dedicar-se aos trabalhos produtivos, especialmente, de **criação artística** (o grifo é nosso). (21)

Poderá a informática jurídica favorecer o progresso da ciência do direito e notadamente de seu ramo comparatista. Fará crescer nosso poder de investigação, de reflexão, de raciocínio, de descoberta e de invenção. (22)

Em termos de Direito Comparado, pode ser pensada, também, como vantagem auferida pela Informática Jurídica, da possibilidade de a pesquisa documental automática se estender pelos diversos países, possibilitando, entre outras vantagens, a troca de documentos jurídicos e, conseqüentemente, o acesso a estes documentos com maior rapidez. Neste sentido, salienta Luis Pettiti o privilégio de a Informática Jurídica

(19) DUNES, André. op. cit., p. 3

(20) KAYTON, Irving — “L'ordinateur a la recherche de précédents: pourquoi, comment et vers quoi”. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 20 (4): 647-663, oct./dec. 1968.

(21) KLUG, Ulrich, op. cit., p. 2.

(22) MEHL, Lucien, op. cit., p. 6.

revelar as diferentes fontes semânticas do direito, facilitando as trocas e estimulando a aproximação das legislações. Haverá um pensamento jurídico, inspirador e mestre de um direito interestatal, e depois, de um direito supranacional, graças à ciência do tratamento ao serviço da informática jurídica. (23)

Interessante observação é feita por Delahodde, a respeito do fenómeno da proliferação de leis. Constata o autor que o legislador moderno se atém cada vez mais a regular situações de fato. O campo da autonomia privada que se faz presente nos contratos consensuais é cada vez mais reduzido, dando lugar aos contratos de adesão. Exige-se, cada vez mais, ser feita uma referência a uma documentação cada vez mais importante. Constata-se que a complexidade do mundo atual é a causadora desta multiplicidade de textos. (24)

No domínio da legislação podemos constatar o volume crescente de leis e decretos que cresce cada ano em nosso País. Exemplificando, somente no que segue às leis e decretos estaduais:

De janeiro de 1960 a outubro de 1975

Leis estaduais	3.007
Decretos estaduais	12.208

Nós já podemos imaginar o quanto seria útil a existência de um computador que fornecesse de imediato os textos de leis desejados sobre um determinado assunto, devidamente completos e atualizados.

“O computador é acima de tudo um instrumento de documentação. Cria vias de acesso fáceis e rápidas aos ensinamentos pesquisados

(23) PETTITI, Louis — “Les recherches et activités du Centre d'Informatique du Bureau de Paris”. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 20(4): 677-679, oct./dec. 1968.

(24) DELAHODDE, Jean & MIGNOT, Mlle. — *Le traitement de l'informatique juridique*. Paris, Lib. Techniques, 1968. 38 p.

e por isso pode prestar grandes serviços ao jurista”. (25) Mas, completando esta afirmativa, pode ser dito que o computador pode ajudar o jurista: “no seu estudo de direito, participando em sua formação; em suas pesquisas jurídicas, enquanto instrumento de documentação; enfim, **ultrapassando o simples estágio de informação, na elaboração mesma do direito**”. (26) (o grifo é nosso).

Como resultado do emprego dos computadores no direito, teremos o pensamento jurídico expresso em linguagem mais rigorosa e mais precisa, os conceitos se tornando cada vez mais claros, eliminados de frequentes contradições, buscando o direito atingir com maior perfeição a sistematização que lhe é necessária. “Le juriste et l'ordinateur... tour paraît les opposer: l'un fait volontiers profession d'ignorer les mathématiques voire même les sciences exactes; l'autre en procède et y puise sa nourriture quotidienne”. “Tout paraît les opposer... et pourtant, en l'état actuel de l'évolution des techniques, ils sont inéluctablement appelés à collaborer”. (27)

IV — SISTEMA DE INDEXAÇÃO COORDENADA

A. Generalidades

Conforme foi dito anteriormente, são inúmeras as vantagens que oferecem os computadores para a realização de pesquisas no campo jurídico.

Observa-se que, com o crescimento desmesurado do volume de informações, torna-se cada vez mais difícil a pesquisa documental, bem como estar devidamente atualizado com as modificações surgidas no direito.

(25) BIBENT, Michel — “Le traitement de la jurisprudence sur ordinateur”. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 20(4): 665-671, oct./dec. 1968. (Trad. do autor do trabalho)

(26) GILLI, Jean Paul — “Le juriste et l'ordinateur”. *Recueil Dalloz Sirey, Chronique*, (33): 47 (1969). (Trad. do autor do trabalho)

(27) GILLI, Jean Paul, op. cit., (2)

É o momento de ser aplicada a documentação automática, visando-se com tal incremento a facilitar o acesso às fontes do direito.

O objetivo mínimo visado é a automatização da pesquisa documental, textos, decisões de jurisprudência, trabalhos doutrinários, etc. Já neste nível árdios problemas se colocam ligados à escolha dos métodos de estocagem "full-text" ou "key-words", assim como parece ser exigido um trabalho dos juristas no sentido da precisão da linguagem e da logicização. (28) A documentação jurídica automática coloca em questão problemas de ordem lingüística, surgidos da necessidade de se ajustar o direito a uma forma que convenha a este emprego no computador. (29)

Esta pesquisa dita automática não poderá ser feita da noite para o dia. Necessário se faz um trabalho bem organizado, desenvolvido em várias etapas, a fim de ser manipulada com todo o cuidado, precisão e propriedade a terminologia jurídica.

Particularmente, as demarches intelectuais que requer a automatização da busca de normas jurídicas e mesmo, simplesmente, a constituição de um sistema de documentação racional conduzem a uma análise fria e profunda de modos de expressão e conceitualização do pensamento jurídico. (30)

Em vários países têm sido constituídos grupos de trabalho objetivando a utilização do computador no direito, adotando sistemas de pesquisa automática nem sempre idênticos.

Basicamente, distinguem-se dois sistemas:

"1.º — Sistemas textuais (em linguagem documental: "processamento em linguagem natural LN, em inglês: "full text procedu-

(28) MARTY, Gabriel & RAYNAUD, Pierre, op. cit., p. 7 (Trad. do autor do trabalho).

(29) CHAMOIX, Jean-Pierre — *Le juriste et l'ordinateur*. Paris, Librairies Techniques, 1972, 194 p.

(30) MEHL, Lucien, op. cit., p. 6.

re"): aqueles sistemas onde se armazena o texto completo dos documentos, e depois, com a ajuda de palavras significativas contidas na questão colocada, se extraem do estoque os textos contendo o conjunto destas palavras significativas (para a pergunta: casamento de um militar da aeronáutica com uma estrangeira, em tempo de guerra", procura-se aqueles documentos que contêm ao mesmo tempo as palavras "aeronáutica", "casamento", "estrangeiro", "guerra").

2.º — Processamento em linguagem documental LD: somente é estocado um resumo mais ou menos desenvolvido do texto, chamado index. O index constitui aqui o principal problema e pode desencadear numerosas operações lógicas. As mesmas dificuldades podem apresentar-se sob uma forma algumas vezes atenuada nos sistemas textuais. Mas os sistemas indexados colocam estas questões desde o começo, enquanto que, nos sistemas textuais, elas aparecem somente na etapa de interrogação". (31)

Diversas têm sido as vantagens e inconvenientes apontados pelos estudiosos no assunto, a respeito desses dois sistemas. O sistema do texto integral tem sido utilizado principalmente para a legislação (ex. Grupo de Pittsburgh) e o do processamento em linguagem documental para a jurisprudência (ex. Grupo de Montpellier).

Sem aprofundarmos as considerações que surgem a respeito dos aspectos positivos e negativos de cada sistema, citamos a opinião de dois estudiosos no assunto:

"As dificuldades suscitadas pelo grau de análise são resolvidas em parte no "full system", o qual, dando extratos da documentação de base, dispensa o analista, confiando ao usuário o cuidado de proceder ao exame global (V. C. TAPPER, relatório pré-citado, p. 7). Todavia, no atual estado da técnica, esse sistema é, talvez, uma solução contestável: seu método devolve ao computador a tarefa de redigir o "abstrat" que serve de base à introdução na memória. Ao "abstrat" "humano"

(31) DAVID, Aurel — "A pesquisa documental automática". *Revista da Consultoria Geral do Estado*. Porto Alegre. Instituto de Informática Jurídica. 4 (9): 11-34, 1974.

prefere um "abstrat" "maquinal" condicionado. Consagra a preeminência da informação sobre o jurista. Parece, contudo, bem adaptado ao tratamento da legislação". (32)

"Ho già esposto in un altro lavoro i motivi per cui attualmente ritengo che l'unico metodo efficace in campo giuridico sia quello del "full-text", senza interventi esterni per la creazione di parole-chiave o di riassunti. Mi pare che questi motivi si possano sintetizzare abbastanza corretamente in un' unica affermazione: il giurista, come il teologo, è vincolato ad un testo che non può mettere in discussione; quindi, ogni parola di quel testo ha un'importância capitale. Ne consegue che vanno respinti quei metodi di reperimento dell'informazione che prococano la perdita d'una parte di essa". (33)

B. Implantação do Sistema

A partir de determinadas condições que podemos imaginar existentes em uma equipe de trabalho, tais como:

a. existência de um grupo de trabalho formado que esteja **apto a trabalhar com a terminologia jurídica;**

b. pesquisa tendo por objeto a recuperação de **acórdãos jurisprudenciais;**

c. **inexistência de uma indexação** elaborada nos moldes estritamente científicos, ou seja, **com o máximo de rigor científico;**

d. condições financeiras que não comportem a utilização de um sistema de **custo elevado,**

podemos aplicar, devido sua "notável simplicidade, baixo custo e apreciável eficiência" (34), o sistema de indexação coordenada, o qual com-

(32) DUNES, André, op. cit., p. 3.

(33) LOSANO, Mario, op. cit., p. 9.

(34) MORELLI, Jucy Neiva — **Conheça e aplique a indexação coordenada.** Rio de Janeiro (Associação brasileira de biblioteconomia) 1968. 24 p.

porta na sua implantação uma série de etapas a serem seguidas, até que se chegue à recuperação automática da informação:

1.ª etapa:

Através da **análise jurídica** é feita a indexação dos acórdãos a serem posteriormente recuperados. O analista busca obter tudo o que é necessário ou útil da decisão, devendo o analista ser ao mesmo tempo conciso e preciso, de forma a elaborar uma análise que seja completa, tanto quanto ao fundo, como às questões anexas, isto é, sociológicas.

O trabalho de indexação envolve da parte do analista jurídico a leitura e resumo do acórdão em uma primeira fase, a fim de ser posteriormente elaborado o "abstrat".

"O "abstrat" é uma série de palavras que, colocadas no cabeçalho dos textos ou das decisões de jurisprudência, esclarecem, nas revistas jurídicas, o conteúdo material dessas fontes do direito. O "abstrat" permite identificar o texto ou a decisão através da leitura rápida. Pode qualificar, indiferentemente, a legislação, jurisprudência e doutrina". (35)

Conforme nos ensina André Dunes, para a elaboração do "abstrat" se requer uma técnica toda especial, jogando-se com as palavras-chave necessárias, as quais têm na sua ordem de chamamento uma conotação toda especial. As palavras-chave seguirão uma espécie de hierarquia, quando da elaboração do abstrat, indo do geral ao particular, abolindo-se as conjunções, preposições, advérbios, artigos, adjetivos, dando-se preferência aos substantivos. (36)

Aqueles que realizam este trabalho deverão ter um bom conhecimento do direito e, principalmente, da teoria geral do direito, uma vez que a análise levada a efeito comporta pinçar no acórdão em exame o que há de importante para ser posteriormente recuperado.

(35) BERTRAND, Edmond & JULIAN, Pierre — "Vers une informatique judiciaire". **Recueil Dalloz Sirey.** Chronique, (19): 123-128 (1972).

(36) DUNES, André, op. cit., p. 3

A informação básica documental será constituída com a elaboração prévia do "abstrat".

Para ser elaborado o sistema de indexação coordenada, necessita-se desta fase inicial, ou seja, da fase de preparação do material antes de ser o mesmo colocado no computador. De nada valeria alimentarmos a máquina de forma incorreta. Como poderíamos recuperar posteriormente o texto pretendido? Por isso, esse trabalho inicial deve ser bastante sistematizado.

O vocabulário documental vai ser o único meio de comunicação entre o homem e a máquina, ou seja, entre o fichário das decisões e aquele que vai utilizar o computador.

"L'inaptitude absolue de la machine à comprendre le sens des mots impose un travail préalable d'étude du vocabulaire". (37) "Para tanto, servimo-nos da experiência adquirida através da manipulação dos conceitos, do apoio do técnico e, principalmente, através de instrumentos especializados como sejam: listas de cabeçalhos de assunto, sistemas de classificação, dicionários técnicos e, sobretudo, os "thesauri". (38)

O "thesaurus" reúne as palavras-chave, com os sinônimos, parônimos ou equivalentes semânticos, e as palavras com sentidos diversos com suas diferentes acepções. O "thesaurus" somente será uma obra de informática jurídica se o trabalho foi feito de maneira científica. (39)

ex. EXECUÇÃO FISCAL:

termos relacionados: — embargos
— falência
— fraude
— multa
— sociedade
— preferência

(37) BIDENT, Michel — "Le traitement de la jurisprudence sur ordinateur". *Revue Internationale de Droit Comparé*. 20 (4): 665-671, oct./dec. 1968.

(38) MORELLI, Jucy Neiva, *op. cit.*, p. 14.

(39) MEHL, Lucien, *op. cit.*, p. 6.

ex. DIREITO LABORAL

Use: Direito do Trabalho

A "sistematização do direito se opera através de construções jurídicas". (40)

A técnica jurídica não está limitada aos conceitos ou noções de base. Ela visa colocar em ordem estes conceitos com a ajuda de **classificações e construções**. As classificações reúnem as noções e os conceitos jurídicos por seus caracteres particulares. Ex. classificação das pessoas em físicas e jurídicas. Por isso a importância do estudo da natureza jurídica de determinada noção por parte do jurista, a fim de ser integrada ao trabalho de qualificação dentro de uma categoria geral. A realidade social é fragmentada em uma multidão de categorias jurídicas. (41)

Nessa 1.^a etapa pode-se afirmar que está compreendida a tarefa mais importante do trabalho. A alimentação posterior no computador será feita tendo por base o index aqui elaborado. Portanto, aqui reside o sucesso ou insucesso do sistema.

2.^a etapa:

Compreende a 2.^a etapa uma **organização de fichas** segundo o sistema de indexação coordenada.

"A definição mais ampla que se lhe dá é de todo sistema capaz de produzir as operações de intersecção, soma e subtração ("e", "ou", "exceto") quando manipula os termos do índice, sejam eles "uniterms", palavras-chave, descritores, conceitos unitários, etc.

O sistema "Uniterm" de indexação coordenada, desenvolvido por Mortimer Taube em princípios de 1950, descrevia o conteúdo in-

(40) GÉNY, François — *Science et Technique en droit privé positif*. v. 1. Paris, Ed. Sirey, p. 158.

(41) MARTY, Gabriel & RAYNAUD, Pierre, *op. cit.*, p. 7.

(42) MORELLI, Jucy Neiva, *op. cit.*, p. 14.

formativo dos documentos "após análise apropriada por pessoal qualificado, através das mais simples e práticas unidades de informação, conhecidas como "uniterms". (42)

Serão elaborados dois tipos de fichas:

a. a **ficha que reproduz o documento**, contendo o abstrat correspondente aos acórdãos analisados, com todas as indicações necessárias a respeito do acórdão, bem como um resumo do mesmo. Cada uma destas fichas receberá um número correspondente possibilitando a organização das mesmas pela ordem numérica.

b. as **fichas contendo cada uma a palavra-chave com que se trabalhou na ficha que reproduz o documento**. Portanto, cada palavra-chave terá uma ficha específica, que será identificada por esta mesma palavra-chave. Estas fichas são reunidas em ordem alfabética. Cada documento terá tantas palavras-chave quantos forem os assuntos que o possam identificar, assim como cada uma destas fichas receberá o número da ficha do documento que contém estas palavras-chave. Em suma, é através das fichas palavras-chave que se chega à ficha documento.

Desta forma, os termos que identificam os documentos analisados são seleccionados por palavras-chave que irão descrever conceitos ou idéias contidas no texto.

Ex. de "abstrat"

EXECUÇÃO FISCAL, SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LTDA., SÓCIO, BEM.

a. na ficha que reproduz o documento, haverá esta chamada composta por várias palavras-chave, tomando a ficha um n.º quando de sua chegada em mãos do analista. ex. n.º 101.

b) nas fichas de palavras-chave haverá uma ficha para cada palavra-chave que compõe o "abstrat". No ex. execução fis-

cal, sociedade por cotas de responsabilidade Ltda., sócio, bem, o n.º 101 estará em cada uma destas fichas na coluna 1.

Exemplo de recuperação do documento segundo o sistema apresentado.

Pergunta a respeito da existência de alguma decisão do S.T. F. sobre o seguinte assunto:

Bens de sócio de sociedade por cotas de responsabilidade Ltda. na hipótese de execução fiscal por dívidas da sociedade.

Tomaremos as fichas "uniterm", com a palavra-chave: execução fiscal, sociedade por cotas de responsabilidade Ltda., sócio e bem. Comparando-as verificaremos que somente o n.º 101 aparece em todas as fichas de palavras-chave. Logo, o documento desejado será o de n.º 101.

Igualmente parece necessário serem organizadas fichas contendo outros tipos de entrada, tais como: tipos de recurso interposto, n.º do recurso, órgão que proferiu o acórdão, partes interessadas, data, etc.

"Passemos ao detalhe de uma ficha "uniterm". O tamanho usual é o de 12,5 x 7,5 cm (podendo ser ampliado em caso de conveniência). Dividida em dez colunas, encimadas pelos algarismos de 0 a 9. Os números representativos de cada documento serão apostos nas colunas correspondentes ao último algarismo, ou seja:

10	coluna	0	216	coluna	6
17	coluna	7	1313	coluna	3
22	coluna	2	2104	coluna	4
69	coluna	9	3605	coluna	5". (43)

(43) MORELLI, Jucy Neiva, op. cit., p. 14.

Concluída a 2.^a etapa de implantação do sistema, a qual é ulterior àquela da feitura do "abstrat" através da análise jurídica, a pesquisa já pode ser feita manualmente, com a possibilidade de a qualquer momento serem as fichas levadas ao computador (o qual decifrará a linguagem jurídica em linguagem computacional).

Surge uma 3.^a etapa através da qual a pesquisa desejada será obtida com maior rapidez e perfeição, trazendo consigo todas as vantagens já referidas anteriormente.

3.^a etapa:

Recuperação do documento através do computador.

Utiliza-se na 3.^a etapa o material trabalhado até então, manualmente.

Podemos afirmar que este sistema de indexação coordenada é similar ao utilizado pelo CRIDON de Lyon, conhecido por Sistema Peek a Boo, processo SELECTO, cuja indexação coordenada é semi-automática (44).

Da leitura das explicações do processo SELECTO, podemos dizer que trabalha igualmente com duas fichas: a **ficha documento** e as **fichas palavras-chave**.

Neste momento o computador substitui o trabalho manual elaborado na 2.^a etapa.

Nós não temos o conhecimento técnico necessário para explicar o funcionamento do sistema no computador. Podemos dizer que o processo seletivo utilizado para a recuperação do documento é o mesmo da etapa anterior, com uma diferença fundamental no que tange às operações realizadas pela máquina, as quais substituem aquelas realizadas anteriormente pelo homem, com a vantagem de ser obtido o documento desejado em um breve espaço de tempo.

(44) DELAHODDE, Jean, op. cit., p. 10.

As fichas (tanto a ficha documento como as fichas palavras-chave) são preparadas de forma adequada a uma futura listagem ou "thesaurus", agora não mais obtido manualmente, mas pelo computador.

O relacionamento entre as palavras-chave para ser recuperada a informação do documento necessário, é feito com a ajuda dos números que as substituem e de três operadores lógicos ("e", "ou", "exceto").

É de se frisar que a 3.^a etapa somente poderá ser levada a efeito se tiverem sido, previamente, realizados os trabalhos das etapas anteriores.

O Instituto de Informática Jurídica, órgão integrante da estrutura da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, através de um grupo de trabalho organizado, vem realizando a 1.^a etapa do trabalho aqui configurada, ou seja, vem trabalhando com o **vocabulário jurídico**, a fim de ir preparando o material para uma futura indexação automatizada.

V — UTILIZAÇÃO DO COMPUTADOR EM PESQUISAS JURÍDICAS MAIS COMPLEXAS

A. O computador na elaboração do direito

Em um grau mais elevado podemos imaginar a utilização do computador em pesquisas jurídicas bastante mais complexas do que as pesquisas documentais automáticas.

O computador nessa fase, passando do simples estágio da informação, virá em ajuda do administrador, do legislador e do juiz, atuando como instrumento de elaboração do direito. (45)

Faremos algumas considerações somente quanto à ajuda do computador no trabalho do juiz e do legislador.

1. Juiz

(45) GILLI, Jean-Paul, op. cit., p. 11.

A utilização do computador no trabalho do juiz tem como consequência imediata o rápido andamento dos processos. Não só os juizes, mas os advogados e as partes interessadas serão beneficiados com tal empreendimento.

Mas o emprego dos computadores será levado a efeito somente naquelas atividades **auxiliares** do juiz.

Em São Paulo, o Processamento de Dados de São Bernardo realiza um trabalho inédito no País: "o computador eletrônico auxiliando a Justiça a resolver mais rapidamente seus problemas — fundamentalmente no que se refere à elaboração da sentença como texto.

O computador, como auxiliar do juiz, permitirá que alguns casos de acidente de trabalho obtenham resultado mais rapidamente". (46)

Poderá o computador substituir a figura do juiz no julgamento do litígio?

Parece-nos um tanto quanto difícil. Existem determinadas apreciações impossíveis de serem levadas a efeito pela máquina, tais como as de índole interpretativa, analógica, psicológica, etc.

Essa substituição poderá ser feita somente quando houver problemas mais simples, como: competência, incidentes processuais, exceções, etc. (47)

Viktor Knapp, em um interessante trabalho sobre o assunto, faz uma analogia com a utilização das máquinas na medicina para o estudo do diagnóstico. As máquinas não vão determinar o diagnóstico, somente facilitam os dados sobre o mesmo. O verdadeiro diagnóstico incumbe ao médico. Não se trata de substituir os juizes pela máquina, mas colocá-la aos seus serviços para ajudar e facilitar o trabalho. (48)

(46) "A Cibernética na Justiça de Santos". Tribunal da Justiça, São Paulo 2/jul./1975. p. 6.

(47) GILLI, Jean Paul, op. cit., p. 11.

(48) KNAPP, Viktor — "Sobre la aplicación de la cibernética a la esfera del derecho" *Revista de Derecho Contemporáneo*. 9(2): 17-37, dic. 1962/mar. 1963. (Asociación Internacional de Juristas Demócratas, Bélgica).

O que se está procurando fazer é eliminar as atividades repetitivas que o juiz desempenha e que poderiam perfeitamente serem desempenhadas pela máquina. Com tal medida o trabalho criativo pode ser produzido com maior intensidade.

2. Legislador

Uma forma mais complexa de utilização dos computadores também encontra perspectivas na elaboração de leis.

Em matéria de revisão do texto, o computador irá substituir as comissões encarregadas de prepará-las. O conhecimento de textos incompatíveis com a nova legislação será feito de forma rápida e eficaz. (49) Viktor Knapp procura demonstrar a possibilidade de uma máquina descobrir as repetições ou divergências entre diferentes partes de um projeto de lei. (50) Mas, para que isso seja possível é preciso que haja uma logicidade quando da elaboração das leis, não só concernente ao seu conteúdo, mas também quanto à sua forma. Sabendo-se que a máquina trabalha com operações lógicas, a linguagem jurídica deverá ser consequentemente bastante rigorosa.

"O processus de elaboração legislativa escapa inteiramente à ação daqueles que pretendem recorrer ao computador para sua aplicação. Ora, o **conteúdo** e a **forma da lei** condicionam a utilização do computador, sua rentabilidade e eficácia.

Torna-se, por conseguinte, desejável, que as necessidades de uma execução automatizada sejam tomadas em consideração **desde o estágio** inicial da elaboração dos textos, a fim de que se edite uma legislação adaptada à automatização". (51)

"Realmente, para que aludida máquina eletrônica possa adequadamente funcionar no campo jurídico administrativo, é indispensável que as normas jurídicas sejam objetivas, não deixando margem a

(49) GILLI, Jean Paul, op. cit., p. 11.

(50) KNAPP, Viktor, op. cit., (2)

(51) OERTZEN, Hans-Joachim von — "Legislação e Automação". *Revista do Serviço Público, Brasília*, 109(2): 179-195, abr./jun. 1974.

dúvidas. Com efeito, o computador atua mediante escolha dentre várias alternativas específicas. Em face de assertivas prolixas ou inconseqüentes, a máquina não pode chegar a nenhum resultado. Assim, por exemplo, dispositivos como o clássico (e inútil) "Ficam revogadas as disposições em contrário" devem ser substituídos por referências explícitas às leis objeto da revogação". (52)

A respeito da padronização formal das leis, merece ser referida a evolução a que chegou a lei bávara:

"Para dar uma idéia do nível avançado a que chegou a Baviera, lembrarei a lei bávara que prescreve a forma segundo a qual devem ser redigidas as leis. Na realidade, esta que nós chamamos de "meta-lei", porque é uma lei sobre as leis, não deve ser confundida com uma lei-quadro. A lei-quadro dá ao governo as linhas gerais segundo as quais pode regulamentar um determinado objeto. Portanto, a lei-quadro refere-se ao conteúdo das leis futuras. A "meta-lei" bávara, ao contrário, fornece indicações sobre a forma de todas as leis, portanto refere-se à forma de qualquer lei futura, independentemente do seu conteúdo. Esta meta-lei prescreve, por exemplo, que uma lei seja especificada pormenorizadamente em cada uma das suas normas". (53)

Ulrich Klug, vislumbrando alguns limites para a utilização de computadores no direito, com um posicionamento não tão otimista a respeito de "meta-leis", tece considerações a respeito das mesmas, referindo-se a uma limitação no campo da legislação:

"En el campo de la legislación surge una limitación impuesta por la necesidad de tener que regular la automatización mediante meta-legislación. Si se exige una regulación exacta de la metalegislación se produce através de las metalegislaciones un regreso al infinito". (54)

(52) FARIA, Anacleto de Oliveira — "Adoção da "Cibernética" e instituição de Lei Complementar que estabeleça a "Forma-Padrão" das normas jurídicas concernentes à organização do Serviço Público e os direitos e deveres dos Servidores Públicos" *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*. (6): 131-139, jul. 1975.

(53) LOSANO, Mario, op. cit., p. 6.

(54) KLUG, Ulrich, op. cit., p. 2.

Mario Losano, no entanto, referindo-se a esse regresso ao infinito, tenta explicá-lo levando em consideração o fato de que o conteúdo de toda norma positiva está condicionado ao contexto histórico-social no qual aparece. A validade da lei ficará adstrita à duração dessas mesmas condições que a geraram.

"Se, porém, aceitarmos a possibilidade de redigir várias "meta-leis" no curso da evolução histórica de cada sociedade, precisaremos sublinhar que toda "meta-lei", enquanto formula as regras para a redação de outras leis é, por sua vez, redigida conforme determinadas regras. No caso da "meta-lei" 1", elas não estão enunciadas especificamente. Todavia, prevendo o desenvolvimento futuro das "meta-leis", poderemos estar interessados em estabelecer as regras para a redação das "meta-leis". Nasceria assim, uma "meta-meta-lei". Esta, por sua vez, seria redigida também segundo determinadas regras, codificáveis por sua vez numa "meta-meta-meta-lei": encontramos, assim, frente a uma "regressio ad infinitum". (55)

Parece-nos por demais necessária a existência da chamada "meta-lei", que estabeleça normas a serem observadas na elaboração do processo de leis, a fim de possibilitar a pretendida padronização numa série de atividades a serem posteriormente levadas a efeito pelo computador.

B. Necessidade de construção de uma linguagem jurídica rigorosa

Conforme já foi dito anteriormente, o computador poderá servir de instrumento à pesquisa documental automática (estágio mais simples de sua aplicação) e à elaboração mesma do direito (estágio mais elevado).

O estudo da lógica moderna pelos juristas (tendo-se presente que os computadores trabalham com operações lógicas) possibilita desenvolvimentos futuros referentes a formas mais complexas de utilização de computadores no direito.

(55) LOSANO, Mario, op. cit., (1)

Adaptando-se cada vez mais a linguagem jurídica à linguagem do computador, as operações jurídicas mais desenvolvidas, mais elevadas do ponto de vista de sua aplicação pelo computador, ultrapassarão o campo específico da informática jurídica.

Segundo o Prof. Losano, na informática jurídica o processo formalizado não é um processo jurídico no sentido restrito, mas é um processo intelectual que seleciona, na massa dos assuntos, o assunto A e dentro do assunto A a subespécie que é o assunto AL. O verdadeiro futuro do computador no campo jurídico está na modelização, porque é com ela que a estrutura jurídica tradicional é transformada em algoritmo. Na informática, ao contrário, um algoritmo válido para todas as disciplinas é aplicado a um setor específico que, no nosso caso, é o Direito. . . Nascido originariamente como máquina de calcular, o computador desenvolve, hoje, operações não somente aritméticas, mas também lógicas. Chamá-lo, pois, de “calculador eletrônico” é impreciso, porque indica apenas uma parte das atividades que ele é capaz de desenvolver. É preferível usar expressões como “computador eletrônico” ou “ordinateur”, que sublinham justamente esta capacidade de efetuar também operações lógicas. Deve ser evitado, ao contrário, o termo “cérebro eletrônico”, pois, ainda que o computador possa ser considerado o modelo simplificado do cérebro humano, existe uma distância tão grande entre os resultados alcançados pelo primeiro em relação aos resultados alcançados pelo segundo que uma analogia entre os dois não é possível”. (56)

A lógica moderna teve enorme significação no desenvolvimento dos computadores, transformando uma série de símbolos que representam uma informação em outra série de símbolos que representam outra (nova) informação. Esta informação levada ao computador é elaborada mediante operações lógicas, em outra (nova) informação. Somente o material traduzido em linguagem simbólica pode ser levado ao computador. O que vem demonstrar a utilidade do estudo da lógica mo-

(56) LOSANO, Mario, op. cit., p. 6.

derna. O jurista não pode a ela renunciar a menos que queira renunciar ao alívio do trabalho e à liberação de sua situação de “escravo do direito”. (57)

“Il appartient en tout cas aux juristes avec la collaboration des techniciens de sonder activement les puissantes possibilités de l’informatique moderne”. (58)

“É através da formalização, permitindo o máximo de rigor e de abstração, que surge a possibilidade da passagem do raciocínio ao cálculo suscetível de ser confiado a máquinas, cujos construtores podem igualmente utilizar os sistemas formalizados. Surge a **semiótica** como uma nova ciência das linguagens científicas formalizadas, fruto da formalização da lógica e das matemáticas. A semiótica da linguagem do direito, todavia, está nas primeiras etapas de sua formação”. (59)

Conforme a opinião dos diversos autores aqui apresentados, parece haver um mesmo entendimento dos mesmos no sentido de que as novas perspectivas surgidas dentro do campo jurídico se situam especificamente no estudo da lógica moderna. Isto porque é ela que abrirá as portas para a utilização de computadores no direito em grau mais complexo através de desenvolvimentos lógicos. Somente uma linguagem jurídica rigorosa poderá colocar o homem em ligação com a máquina. Se inadmitirmos a possibilidade de ser elaborada no direito essa linguagem, podemos já de antemão desistir de qualquer tentativa de aproximar o Direito da Cibernética.

Fala-se em linguagem rigorosa. “Já que queremos construir uma linguagem rigorosa que possa substituir a linguagem não rigoro-

(57) KLUG, Ulrich, op. cit., p. 2.

(58) MARTY, Gabriel & RAYNAUD, Pierre, op. cit., p. 7.

(59) NAWIASKY, Georges — **Introducción a la lógica jurídica**. Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1972/1973, p. 28 e 47.

sa, será preciso estabelecer regras análogas àquelas que regem a linguagem comum, de maneira que a nova linguagem seja capaz de reproduzir-lhe a estrutura mas não as imprecisões". (60)

Tratar o direito em uma linguagem rigorosa é um verdadeiro ideal, que tem como meta a ciência atual em seu mais elevado grau de desenvolvimento, procurando-se dar tratamento ao direito como um sistema semelhante ao das ciências exatas. Enquanto o direito é visto como ciência social, há parcelas em que esta metodologia abre novos campos de investigação, particularmente através da vinculação entre direito e cibernética. (61)

Segundo Aurel David, deve ser começado o trabalho pela lógica documental, antes de se partir para as dificuldades maiores. Todos os esforços devendo se concentrar inicialmente no vocabulário e na sintaxe. "Pode-se, entretanto depositar grandes esperanças nos desenvolvimentos futuros. O direito contém uma parte central e primitiva, que, em nossa epistemologia tal como ela se comporta por cerca de três mil anos, pertence ao domínio da inspiração humana, indemonstrável e indefinível. Mas deste centro pende uma imensa parte periférica construída ou construível logicamente". (62)

Explicando melhor esse seu pensamento, o mesmo autor em outro artigo antes referido, admite que se possa cada vez mais atingir no campo jurídico as operações mais elevadas (lógicas, semânticas, etc.), mecanizando-as progressivamente. Todas as atividades exigem uma importante intervenção do homem, tais como: o vocabulário e as relações lógicas entre os diversos temas jurídicos. A clareza dessas atividades exige um trabalho humano essencial, já que se visa à utilização de máqui-

(60) LOSANO, Mario, *op. cit.*, p. 6.

(61) GRIFFA, Norberto — **Definiciones retóricas**. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, p. 3 e 4.

(62) DAVID, Aurel, *op. cit.*, p. 13.

nas lógicas. Basta um índice bem feito para extrair da memória todos os documentos concernentes a um determinado tema. Para isso é necessário que se organize uma equipe composta de juristas, linguistas, documentadores e lógicos. (63)

"A máquina cibernética não está em condições de respeitar inteiramente o pensamento jurídico em sua complexa dialética; não obstante, é capaz de fazê-lo na medida em que as relações submetidas à análise o sejam acessíveis, tendo-se em conta o grau de abstração e de representação por um número finito de fórmulas lógico-matemáticas. (64)

Conforme o que foi dito anteriormente, busca-se a sistematização do pensamento jurídico a fim de ser possível a passagem da linguagem jurídica a um estágio bastante formalizado, abrindo-se novas portas para a comunicação entre a linguagem jurídica e a linguagem do computador.

CONCLUSÃO

No presente trabalho se procurou demonstrar, através da opinião de estudiosos no assunto, uma série de implicações que envolvem a realização de uma informática jurídica.

Podemos concluir dizendo que a utilização de computadores no direito trará como conseqüências, entre outras:

a. **dinamização no direito**

- fase da pesquisa documental: na busca da informação
- fase de elaboração do direito: no trabalho dos juizes
no trabalho dos legisladores

(63) DAVID, Aurel, *op. cit.*, p. 2

(64) KNAPP, Viktor, *op. cit.*, p. 22.

b. linguagem jurídica mais rigorosa

- precisão do vocabulário jurídico
- sistematização do direito
- desenvolvimento do pensamento lógico jurídico

c. produção do trabalho jurídico de índole criativa

“A utilização do computador no domínio jurídico deixa entrever novas e múltiplas possibilidades; algumas já são do domínio das realizações, outras somente são percebidas, outras, enfim, parecem pertencer ao domínio da utopia.

A realidade de amanhã não será feita dos sonhos de hoje?” (65)

(65) DELAHODDE, Jean & MIGNOT, Mlle., op. cit., p. 10 (Tradução do autor do trabalho).

ABANDONO DE CARGO E O NOVO ESTATUTO DO MAGISTÉRIO

ALMIRO DO COUTO E SILVA
Consultor Jurídico do Estado do Rio
Grande do Sul

P A R E C E R C G E N.º 3 6 3 5

Inquérito administrativo. Interpretação dos arts. 143, 144 e 145 do Estatuto do Magistério.

No processo administrativo por abandono de cargo em que é indiciada M.I.M.L., Professora do Ensino Primário, solicitou o Senhor Dirigente da Equipe de Revisão da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar pronunciamento do Conselho Superior desta Consultoria Geral sobre a necessidade ou não da realização, no caso, das medidas referidas nos arts. 143, 144 e 145 do Estatuto do Magistério.

2. Tais regras têm este enunciado:

“Art. 143 — Cabe ao chefe imediato do membro do Magistério, no caso de faltas consecutivas ou freqüentes ao serviço, conhecer, de modo sumário, os motivos determinantes dessas faltas, buscar a solução do problema, porventura existente, aplicar ou propor a penalidade cabível, promovendo as medidas adequadas a cada caso.

Art. 144 — Quando o número de faltas ultrapassar a trinta consecutivas ou sessenta intercaladas durante um ano, o responsável pela unidade de trabalho onde serve o membro do Magistério encaminhará ao Órgão de Pessoal da Secretaria da Educação e Cultura comunicação a respeito, com relatório da verificação sumária realizada.

Art. 145 — O Órgão de Pessoal, apreciando o relatório de que trata o artigo anterior, proporá:

I — encerramento do processo, se ficar provada a existência de força maior, coação ilegal ou circunstância ligada ao estado físico ou psíquico do membro do Magistério, que contribua para não se caracterizar o abandono, ou que possa determinar a justificabilidade das faltas freqüentes;

II — instauração de inquérito administrativo, se o membro do Magistério for estável ou inexistirem provas das situações mencionadas no inciso anterior, ou, existindo, forem julgadas insatisfatórias;

III — demissão quando, verificada qualquer das hipóteses do inciso anterior, não seja o membro do Magistério estável”.

3. A 22 de agosto de 1975, a Professora M.I.M.L. endereçou requerimento ao Senhor Secretário da Educação e Cultura no qual, depois de historiar os contratemplos e as vicissitudes por que passou, com a doença e a morte de seu pai e de sua avó materna, seguidas, ainda, com a doença de sua mãe, sujeita a crises nervosas, dizia que só então se apercebera de que não tinha reassumido o exercício do seu cargo, como devia tê-lo feito em 15 de abril de 1973. Informava, no mesmo documento, que, no dia 20 de agosto de 1975, apresentou-se ao trabalho, tendo lhe sido dito que regressasse alguns dias mais tarde, após apreciação de seu caso pelo Departamento Jurídico da SEC. E concluía pedindo fossem tomadas as providências cabíveis para a regularização do seu caso. A esse requerimento anexou diversos documentos em comprovação do que alegara.

4. Encaminhado o expediente à Unidade de Assessoria Jurídica da Supervisão de Assessoramento Especial da SEC, opinou aquele órgão que, “considerando tratar-se de professor detentor de cargo, só Inquérito Administrativo, procedido através da Consultoria-Geral do Estado, poderá concluir pela ocorrência ou não da falta de abandono de cargo”. Preliminarmente, porém, entendia devesse o expediente ser remetido à 1a. DE, para que fossem tomadas providências no sentido de que a funcionária reassumissem o exercício do cargo.

5. O Senhor Supervisor de Apoio Administrativo, da SEC, pronunciando-se no processo, anotou que dele não constava “o relatório da verificação sumária que deveria ter sido procedida pela chefia imediata e encaminhado ao Órgão de Pessoal da SEC, conforme determina o art. 144 da Lei n.º 6.672/74”, sugerindo, em razão disso, que o processo retornasse à 1a. DE, “para que proceda de conformidade com os arts. 143 e 144 da citada Lei, e se ainda não reassumiu a requerente as suas funções, que o faça, conforme determina o art. 146 do já citado diploma legal”.

A Unidade de Assessoria Jurídica manteve seu ponto de vista, justificando-o assim:

“Parece-nos demasiado desperdício processual, proceder-se a uma averiguação sumária de situações já superadas e de alegações comprovadas documentadamente”.

Foi, então, determinada a instauração de inquérito administrativo, invocando-se como fundamento, na Portaria respectiva, os arts. 136 e 137 da Lei n.º 6.672/74.

6. O inquérito transcorreu regularmente. Inquirida a indiciada, esclareceu ela haver reassumido o cargo em 17 de setembro de 1975, e relatou, com minúcias, os fatos já alegados em seu requerimento. Juntou atestado do psiquiatra Dr. J.T.D. de que estivera em tratamento, “no período que se inicia em novembro de 71 e que se prolonga até meados do ano próximo passado” (o atestado foi subscrito em 23 de abril de 1976). As testemunhas arroladas pela indiciada foram unânimes em afirmar ter ela, com a morte de sua avó e de seu pai e com a doença posterior de sua mãe, caído em estado depressivo. Apesar disso, era a única pessoa que cuidava da mãe, a quem era muito dedicada. Uma das testemunhas, R.M.Z., esclareceu que esse estado perdurou até fins de 1975:

“Quando se falava com a indiciada ela nem respondia, ficava olhando como se nada houvesse ao seu redor”.

Ouvindo o Dr. D., confirmou o que afirmara em seu atestado. Disse que, após a última entrevista, a indiciada teria condições de exercer sua atividade. Como o tratamento se estendeu até meados de 1975, é de supor que essa última entrevista tenha ocorrido por essa época, que corresponde, mais ou menos, à ocasião em que a indiciada quis reassumir as suas funções de magistério. No seu depoimento, sugeriu o Dr. D. a realização de uma pesquisa social, que foi realizada. Nessa pesquisa social apurou-se que “com a enfermidade e falecimento do pai, ocorrido no dia 26 de agosto de 1971 e com o falecimento da avó, ocorrido no mesmo mês, M.I. sofreu um abalo emocional, piorando a seguir com a enfermidade de sua mãe. Sentiu-se angustiada, ansiosa, deprimida. Em muitas vezes sentia tontura e falta de visão. Temia perder a mãe, como seu pai havia falecido e isto gerava-lhe confusão mental, impedindo de se determinar”.

O relatório da pesquisa social deixou de manifestar-se sobre o período em que a indiciada esteve impossibilitada de exercer sua função, por entender que esse era um problema médico.

7. Concluída a instrução, a Comissão opinou pela absolvição da acusada.

O Senhor Coordenador Substituto da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar considerou, todavia, que as conclusões da Comissão de Inquérito estavam em divergência com pronunciamentos anteriores da Consultoria-Geral, notadamente com os Pareceres n.ºs 3269 e 1926. Registrava, por outro lado, “que se tivesse sido cumprido o estabelecido na Seção IV (art. 145, I), da Lei n.º 6.672, provavelmente não teria sido instaurado o presente inquérito”. Em virtude dessas ponderações solicitava fosse o processo reexaminado. O processo foi, então, remetido à Equipe de Revisão da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar desta Consultoria-Geral, a qual considerou descumprido o disposto no art. 145, I, do Estatuto do Magistério, razão pela qual opinava pela baixa do processo à SEC para ser ouvido o órgão de pessoal daquela repartição, para os fins previstos no mencionado art. 145, I. Precisamente sobre esse ponto é que foi solicitado pronunciamento do Conselho Superior. Estes são os fatos.

8. As regras dos arts. 143 e 144 do Estatuto do Magistério visam a proteger o funcionário, impedindo que ele incorra em ilícito administrativo mais grave. Se o funcionário começa a faltar, consecutiva ou frequentemente, ao serviço, deve o chefe imediato prontamente procurar averiguar o que está acontecendo com o servidor, “buscando a solução do problema, porventura existente”, como diz a lei (art. 143). São, portanto, providências de caráter predominantemente preventivo. Uma vez, no entanto, convencido de que não há justificção para as faltas, cabe ao chefe “aplicar ou propor a penalidade cabível, promovendo as medidas adequadas a cada caso”. (art. 143, in fine). Se, porém, o número de faltas ultrapassar de 30 consecutivas ou 60 intercaladas, “o responsável pela unidade de trabalho onde serve o membro do Magistério encaminhará ao Órgão de Pessoal da Secretaria da Educação e Cultura comunicação a respeito, com relatório da verificação sumária realizada”.

9. No caso, não existiu essa verificação sumária, de modo formal. O próprio funcionário, ausente há longo tempo do serviço público, é que procurou retornar às suas funções, expondo as razões que determinaram sua ausência e exibindo documentos que as comprovam.

Como as alegações estavam documentadas, é irrecusável que conheceu a administração, de modo sumário, os motivos determinantes das faltas, tornando dispensável a realização de um processo formal de verificação sumária, cujo objetivo principal, precisamente, é o de conhecer os motivos determinantes das faltas (art. 143). Caso se considerasse o atestado médico juntado pela interessada como comprobatório de “circunstância ligada ao estado físico ou psíquico do membro do magistério, que contribua para não caracterizar o abandono” ou justificativa das faltas frequentes, o processo poderia ter sido encerrado nesse ponto, como autorizado pelo art. 145, I, do Estatuto. Decidiu-se, todavia, instaurar inquérito administrativo. Não se pode esquecer que a licença concedida à funcionária expirara em abril de 1973 e que ela só veio a apresentar-se, para reassumir o exercício do cargo, em agosto de 1975, mais de dois anos depois, portanto. Havia, por conseguinte, necessidade de que os fatos porventura impeditivos do comparecimento da servidora ao trabalho fossem minuciosamente examinados, e não ape-

nas de forma inquisitorial, mas também com a sua colaboração, dando-se-lhe ampla oportunidade de demonstrar o que alegara. Uma investigação com essas características só poderia ser feita em inquérito administrativo.

10. Realizada a ampla apuração dos fatos, por via de inquérito administrativo, parece-me, data venia, um contra-senso, no caso, pretender-se efetuar agora uma investigação sumária. Se as testemunhas já foram ouvidas, se há nos autos atestados médicos e o depoimento do médico que atendeu à interessada, se até mesmo uma pesquisa social foi realizada, se a Comissão instruiu exemplarmente o processo, que subsídios poderia ainda trazer uma investigação sumária?

Mas não é isso o que foi solicitado no Parecer da Equipe de Revisão: o que ali se sugeriu é que, considerando a investigação efetuada, fosse o expediente enviado ao Órgão de Pessoal da SEC, para propor o encerramento do processo, na forma do art. 145, I, do Estatuto do Magistério, caso entendesse justificadas as faltas ao serviço da acusada.

11. Se assim se procedesse, penso que se estaria transformando o inquérito em investigação sumária, o que, data venia, creio não ser possível. O inquérito foi instaurado e obedeceu a todos os trâmites legais. Era, de outro lado, imperioso que fosse realizado, dada a gravidade que o prolongado tempo de ausência ao serviço emprestava à falta. A administração, podendo fazer o menos, fez o mais, sem que daí adviesse qualquer prejuízo ao servidor. Pelo contrário, pela prova colhida com abundância no inquérito, ficou comprovada, a meu juízo, de modo irretorquível, a inexistência de ilícito administrativo, tornando desse modo insuscetível de qualquer suspeição a decisão que porventura venha a proferir-se nesse sentido.

E, mesmo que adversa viesse a ser a decisão, ainda assim entendo que nenhum vício a macularia, decorrente da circunstância de não ter sido formalmente realizada a verificação sumária. Uma das razões de ser da investigação sumária, a par das já apontadas, é a de evitar a efetivação de um longo e custoso inquérito administrativo, quando o assunto pode desde logo ser resolvido, uma vez que desde logo se evidencie, também, que a ausência ao serviço deu-se motivadamente. Poupa-se, des-

se modo, trabalho e esforço inútil. Todavia, quando dos elementos sumariamente coligidos não se chegar ainda à plena convicção da ocorrência, ou não, de ilícito administrativo, impõe-se a instauração de inquérito administrativo. E foi isso o que no caso sucedeu. É certo que os elementos de prova não foram procurados pela Administração, mas o próprio funcionário se incumbiu de trazê-los, ao pretender reassumir as suas funções. De qualquer forma, como já salientei anteriormente, o dilatado tempo de afastamento do serviço estava a recomendar exame de maior profundidade da situação, o que só em inquérito poderia ser feito.

12. No caso, portanto, tenho para mim que a inexistência de verificação sumária nenhuma consequência produziu, seja qual for a decisão a ser proferida no inquérito administrativo. Parece-me, por outro lado, não só dispensável, como injustificável o pronunciamento do Órgão de Pessoal da SEC, uma vez que se trata de inquérito administrativo e não de simples processo de verificação sumária. O pronunciamento que agora se evidencia necessário, antes da decisão do inquérito, é tão-somente o desta Consultoria-Geral.

13. Outra questão, de mais difícil deslinde, é a de saber se pode a Administração, **sempre**, dispensar o processo de verificação sumária, a que aludem os arts. 143 e 144 do Estatuto do Magistério, instaurando desde logo inquérito administrativo, quando o número de faltas ultrapassar a 30 consecutivas ou 60 intercaladas.

14. Entendo que, se a administração resolver, nessas hipóteses, instaurar desde logo inquérito administrativo, sem recorrer antes ao processo de verificação sumária, dessa omissão não resultará, de regra, a invalidade do processo administrativo. É indubitável, como foi aqui sinalado, que o processo de verificação sumária tem, entre outros, o objetivo, de natureza preventiva, de evitar que o funcionário cometa ilícito mais grave, pela pronta intervenção do chefe imediato. No caso de inexistir essa intervenção, por indevida omissão da chefia, tal circunstância não poderá, porém, ter o efeito de apagar o caráter de ilicitude da ação praticada pelo servidor. O chefe imediato, por ter sido omissivo, não será nunca o culpado pelas ausências ao serviço do funcio-

nário. Toda a responsabilidade por esse fato cabe exclusivamente ao funcionário. A única consequência que a omissão da chefia pode produzir é, portanto, de caráter disciplinar, no sentido de que o chefe imediato do servidor que faltou ao serviço, pode ser punido disciplinarmente por não ter procurado conhecer, de modo sumário, os motivos determinantes dessas faltas.

15. Uma vez, porém, que as faltas configurem, em tese, o ilícito de abandono de cargo ou justifiquem, pela sua reiteração, a aplicação da pena de demissão, a apuração do ilícito poderá, ou não, ser precedida da verificação sumária, dependendo a utilização de um ou outro caminho da prudente discricção da autoridade administrativa. Assim, se há indícios de que o funcionário está doente, tudo recomendará que se utilize a verificação sumária. Por outro lado, se é notório que o funcionário assumiu outro cargo público, no qual está em exercício já há longo tempo, parecerá um excesso de formalismo preceder a instauração de inquérito administrativo da verificação sumária.

16. A verificação sumária é um instrumento útil de que dispõe a Administração, para resolver problemas ligados a faltas de funcionários ao serviço. Presta auxílio à Administração e presta auxílio ao funcionário. O fato de ter sido omitida sua realização, por se haver preferido instaurar logo inquérito administrativo não constitui, todavia, no meu entendimento, causa de invalidade do inquérito, ainda que possa essa atitude, conforme o caso, ensejar críticas sob o aspecto administrativo. É o inquérito o mais amplo meio de que dispõe a Administração para apurar faltas imputadas a seus funcionários. É ele, de outra parte, o processo em que mais e maiores garantias são asseguradas aos funcionários, aos quais se reconhece constitucionalmente o direito à ampla defesa.

O que não é possível é substituir o inquérito administrativo pela verificação sumária. Nenhum óbice de índole jurídica vejo, porém, a que seja o fato desde logo perquirido em inquérito administrativo, ao invés de iniciar-se a apuração pela verificação sumária.

Tal procedimento pode, como já disse, ser censurável se examinado sob o ângulo da conveniência da Administração, pois, depen-

dendo das circunstâncias, talvez se chegasse ao mesmo resultado com a utilização de um meio mais simples e expedito, que é o da verificação sumária. Juridicamente, contudo, a supressão da verificação sumária parece-me que não produz qualquer reflexo no plano da validade dos atos administrativos.

17. EM FACE DO EXPOSTO, entendo deva o processo, aprovado, quanto ao mérito, o Relatório da Comissão de Inquérito, ser remetido à autoridade competente para decidir.

PORTO ALEGRE, 1.º de agosto de 1977.

CONCEITO DE LINHA NA CONCESSÃO DE TRANSPORTE COLETIVO

JORGE ARTHUR MORSCH
Consultor Jurídico do Estado do Rio
Grande do Sul

P A R E C E R C G E N.º 3 5 7 6

Concessão de serviço público. Transporte coletivo. Conceito legal de linha. Mudança na categoria de veículo. Revogação dos artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 3.080/56.

É prerrogativa do Estado a disciplina do serviço público, mesmo do concedido. Respeito ao equilíbrio econômico.

O Conselho de Tráfego, do DEPARTAMENTO AUTONOMO DE ESTRADAS DE RODAGEM, em sessão realizada a 22 de agosto de 1974, deferiu, em caráter experimental, através da Resolução n.º 1.955, solicitação formulada pelo EXPRESSO EMBAIXADOR LTDA., antes denominado EXPRESSO FONSECA JÚNIOR LTDA., relativamente ao cancelamento do seu quadro de horários em veículos de pequena lotação (limusine) e sua transformação em horários de veículos de grande lotação (ônibus). A medida fora objeto de tempestiva impugnação por parte de seu concorrente, EXPRESSO PRINCESA DO SUL S/A.

2. As duas empresas são concessionárias do serviço público de transporte coletivo de passageiros por via rodoviária entre Porto Alegre e Pelotas. Ambas as empresas operavam com veículos de grande lotação (ônibus) e média lotação (micro-ônibus), mas apenas o EXPRES-

SO EMBAIXADOR LTDA. operava com veículos de pequena lotação (limusine). Foram, precisamente, os horários em veículos de pequena lotação (limusine) cancelados e transformados em horários em veículos de grande lotação (ônibus).

3. Alegando que o Conselho de Tráfego está em vias de colocar em pauta o processo respectivo, para apreciação da matéria agora em caráter definitivo, o EXPRESSO PRINCESA DO SUL S/A. dirigiu-se ao Senhor Secretário dos Transportes, requerendo fosse ouvida previamente a Consultoria-Geral do Estado sobre a matéria suscitada, o que foi deferido, vindo-me os autos em segunda distribuição.

4. No extenso dossiê formado, não se cuida apenas de teses jurídicas. São feitas alegações outras, procurando caracterizar pretensões monopolísticas na concessionária concorrente, que estaria envolvida numa guerra de extermínio destinada a alijar do mercado a requerente. Tais fatos não são objeto de exame neste parecer, mesmo porque sobre eles não versa a consulta.

5. No que tange especificamente ao direito, o EXPRESSO PRINCESA DO SUL S/A. sustenta a inexistência de fundamento legal para a transformação dos horários em veículos de pequena lotação em horário em veículos de grande lotação. Para chegar a esta conclusão, parte do pressuposto da permanência das normas dos artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 3.080, de 28 de dezembro de 1956, a primeira das quais dá o conceito de linha, com inclusão do elemento categoria do veículo, enquanto a segunda implícita que da mudança de classificação dos veículos decorre necessariamente o estabelecimento de nova linha. E, coeentemente, acima de ilegais as normas dos artigos 1.º e 2.º do Decreto n.º 22.624, de 6 de setembro de 1973, que dão nova redação aos artigos 4.º e 5.º do Decreto n.º 7.728, de 27 de março de 1957, que fazem o conceito de linha prescindir do elemento categoria de veículo, e que autorizam a mudança de categoria dos veículos empregados em linhas, por decisão fundamentada do Conselho de Tráfego. Além disso, sustenta a impugnante que, mesmo admitida a alteração legislativa, não lhe seria aplicável, de vez que viria ferir direito adquirido e atentar contra o equilíbrio econômico e financeiro da concessão, constitucional-

mente assegurado. Entende, ainda, que, no caso, não se cuida senão de ampliação de horários, impondo-se a aplicação da solução prevista nos artigos 86 e 87 do Decreto n.º 7.728, de 27 de março de 1957, a saber, partilha proporcional dos novos horários entre os concessionários interessados. Por se tratar do estudo que deu embasamento à decisão do Conselho de Tráfego do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER), de que se cuida, e, por focar um dos temas da consulta, diligenciei inicialmente, tanto pelos canais oficiais, como extra-oficialmente, no sentido da obtenção do parecer interpretativo da Lei n.º 6.404, de 14 de julho de 1972, elaborado pelo plenário da Procuradoria Judicial do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER), referido reiteradamente nestes autos. Lamentavelmente, todos os esforços nesse sentido redundariam inúteis, acarretando tão-somente atraso na emissão do presente parecer.

É o relatório.

6. A concessão de serviço público é ato através do qual o Poder Público atribui ao particular o desempenho de um serviço público, e este aceita prosseguí-lo, por sua conta e risco, mediante uma remuneração proveniente da cobrança de tarifas dos usuários do serviço. É contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, comutativo, realizado **intuitu personae** e do tipo contrato de adesão. As características exteriores nele assinaladas são: a) relação de administração; b) celebrada **intuitu personae**; c) por tempo determinado; d) exercida pelo concessionário em seu próprio nome; e) a administração não delega poderes públicos, mas o direito ao exercício desses poderes; f) os riscos são do concessionário, e g) o concessionário recebe do usuário.

7. Os princípios básicos da regulação da concessão do serviço público têm hierarquia constitucional. Da matéria já cuidava a Constituição de 1946, no artigo 151 e seu parágrafo único, curiosamente lançando um olhar de desconfiança sobre as empresas concessionárias e exteriorizando sua preocupação de impedir que seus lucros excedessem a justa remuneração. A partir de 1967, o enfoque constitucional é outro: a par da estipulação do dever de o concessionário manter serviço adequado, e de o poder concedente proceder à fiscalização dos serviços e à

revisão das tarifas, é previsto um triplice critério para a fixação das tarifas dos serviços públicos concedidos, não mais em termos de limitação, mas, pelo contrário, com vistas a que permita a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços, e para que assegure o equilíbrio econômico e financeiro do contrato (Constituição Federal, Emenda n.º 1, art. 167, incisos I, II e III).

8. Matéria de competência estadual, o transporte coletivo rodoviário intermunicipal foi disciplinado, no Rio Grande do Sul, pela Lei n.º 3.080, de 28 de dezembro de 1956, e por seu regulamento, aprovado pelo Decreto n.º 7.728, de 27 de março de 1957. É considerado serviço público, explorado diretamente ou delegado à iniciativa privada (art. 1.º). Neste caso, haverá um primeiro momento, correspondente a um período de experiência de um ano, denominado autorização, necessariamente precedido de concorrência pública (art. 8.º). Findo o período de experiência da autorização, serão concedidos os serviços considerados de boa qualidade (art. 16). A lei define linha como sendo o tráfego regular, feito através de um dado itinerário, por veículos de transporte coletivo de categoria determinada, entre dois pontos considerados início e fim do trajeto, acrescentando que a alteração de itinerário, supressão de trecho, prolongamento do percurso ou mudança de classificação dos veículos em determinada linha implicam, necessariamente, no estabelecimento de outra (arts. 4.º e 5.º). De regra, o concessionário explora uma linha com exclusividade, estabelecendo-se outra e nova linha superposta apenas na hipótese em que o concessionário não tenha interesse na ampliação de horários, quando esta for exigida pelo interesse público. Na realidade, apesar do texto do art. 38, nova linha não haverá, mas, sim, partilha de horários de uma mesma linha entre dois concessionários. A preocupação pela saúde econômico-financeira da empresa concessionária, já manifestada na Constituição, é revelada na lei, seja ao prever a fórmula de cálculo das tarifas, seja ao disciplinar os privilégios da concessão. As tarifas serão calculadas de forma a assegurar a boa execução dos serviços, tomando por base os seguintes itens: a) despesas operacionais, inclusive tributárias; b) depreciação e renovação do material rodante; c) obrigações sociais; d) justa remuneração do capital (art. 41). As linhas já concedidas são protegidas por uma série de privilégios, destinados a assegurar a sua

rentabilidade. Assim, o estabelecimento de nova linha será precedido do exame de sua necessidade ou conveniência, à vista das estatísticas de tráfego e estudos econômicos e dos reflexos que a mesma poderá exercer sobre as já deferidas. Ajuizada a conveniência da nova linha, ainda assim se cuida de evitar a concorrência danosa em relação às já existentes, fixando-se horários adequados ou impondo-se restrições de trechos. Reserva a lei, ainda, aos concessionários, preferência no estabelecimento de novas linhas que abrangem em pelo menos metade os itinerários já concedidos, independentemente de concorrência pública (art. 26). Cabe-lhes, entretanto, preferência para servir as zonas atingidas pela melhoria, quando a abertura de novas rodovias ou a melhoria das condições de trafegabilidade de certas estradas determinar que através delas se realize o tráfego de certas linhas, preferência esta ajuizada pelo Conselho de Tráfego do DAER (art. 27). A realização de viagem sem caráter de linha somente será permitida quando não acarretar prejuízo às empresas que trafegam no itinerário, devendo o veículo que a realiza trazer o letreiro "expresso", vedado o embarque de passageiros durante o percurso. As empresas concessionárias gozam de preferência no estabelecimento de novos horários nas linhas concedidas, independentemente de concorrência pública. As tarifas terão revisão anual obrigatoriamente (Decreto n.º 7.728, art. 118).

9. Além de outras alterações, de somenos importância para o presente estudo, a legislação que regula o transporte coletivo rodoviário intermunicipal no Estado do Rio Grande do Sul sofreu diversas alterações trazidas pela Lei n.º 6.404, de 14 de julho de 1972. Os artigos 4.º e 5.º desta trazem novo conceito de linha. A requerente sustenta que a nova regra define um tipo especial de linha, a saber, a resultante do ajuizamento da preferência pelo Conselho de Tráfego do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER), estabelecendo normas especiais, paralelas às normas gerais dos artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 3.080, de 28 de dezembro de 1956, enquanto outros entendem que ficaram revogados os artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 3.080, pela redefinição de linha.

10. A Lei n.º 3.080, de 28 de dezembro de 1956, que dispõe sobre o transporte coletivo rodoviário intermunicipal e dá outras providências, em seus artigos 4.º e 5.º estabelece o seguinte:

“Art. 4.º — Entende-se por linha o tráfego regular, feito através de um dado itinerário, por veículos de transporte coletivo de **categoria determinada**, entre dois pontos, considerados início e fim do trajeto”.

“Art. 5.º — Para os efeitos desta Lei, a alteração de itinerário, **supressão de trecho**, prolongamento do percurso ou **mudança de classificação dos veículos** em determinada linha, implica, necessariamente, no estabelecimento de outra”.

11. Já a Lei n.º 6.404, de 14 de julho de 1972, que altera as Leis n.º 3.080, de 28 de dezembro de 1956, e n.º 6.187, de 8 de janeiro de 1971 e dá outras providências, abriga as seguintes disposições nos mesmos artigos 4.º e 5.º.

“Art. 4.º — Entende-se por linha o tráfego regular, feito através de um dado itinerário, por veículos de transporte coletivo... entre dois pontos, considerados início e fim do trajeto”.

“Art. 5.º — Para os efeitos desta Lei, a alteração do itinerário... ou prolongamento do percurso, ...em determinada linha, implica, necessariamente, no estabelecimento de outra”.

12. É a mesma, é uma só a matéria regulada nas normas legais acima transcritas. Cuida-se simplesmente da fixação do conceito de linha intermunicipal de transporte coletivo, o que fez o legislador no exercício de competência que inegavelmente lhe assiste.

13. A primeira dessas leis, a Lei n.º 3.080, de 28 de dezembro de 1956, é diploma legal básico, disciplinador do transporte coletivo rodoviário intermunicipal no Estado do Rio Grande do Sul, sobretudo na parte concernente à concessão desse serviço, considerado público. Evidenciando seu propósito de tratamento sistemático da matéria, tratou de fixar inicialmente alguns conceitos, fundamentais para a regulação da matéria. Daí, entre outros, o conceito de linha, estabelecido no seu art. 4.º, e não mais do que explicitado no art. 5.º do mesmo diploma legal. Segundo a lei, tem-se uma linha quando houver a) tráfego regu-

lar; b) feito por veículos de transporte coletivo de determinada categoria; c) por um itinerário pré-estabelecido, e d) entre os pontos inicial e final do trajeto. Fica descaracterizada uma linha, devendo estabelecer-se outra, portanto, sempre que ocorrer alteração do itinerário ou supressão de trecho (que também implica em alteração do itinerário), por atingir a letra c) supra; o prolongamento do percurso também descaracteriza uma linha, enquanto implica em deslocar o ponto estabelecido como fim do trajeto (letra d) supra), além de constituir também mudança de itinerário (letra c) supra); finalmente, sendo a categoria do veículo de transporte coletivo elemento constituinte do conceito de linha, sua mudança também haverá de implicar no estabelecimento de outra linha.

14. A Lei n.º 6.404, de 14 de julho de 1972, em seus artigos 4.º e 5.º, redefiniu a linha de transporte rodoviário coletivo, excluindo do seu conceito o elemento “**categoria determinada**” do veículo. A nova lei, nesses artigos, não faz nada mais do que isto. O confronto entre os dois textos comprova que o último repete o antigo, palavra por palavra, à exceção das expressões de **categoria determinada**, no art. 4.º, eliminando também a menção no art. 5.º à **supressão de trecho** e à **mudança de classificação dos veículos**. Como vimos antes, a alusão à **supressão de trecho** como modalidade de descaracterização de uma linha era repetitiva e inútil, pois a supressão de trecho constitui obviamente alteração de itinerário. O novo texto, portanto, mais não faz do que redefinir a linha de transporte rodoviário coletivo intermunicipal, com abstração do elemento **categoria determinada do veículo**.

15. Defrontando disposições contraditórias, cumpre ao intérprete verificar preliminarmente se os dois trechos não se referem a hipóteses diferentes, se não regulam espécies diversas. Em assim sendo, desaparece o conflito, pois terá cada regra sua esfera própria de ação, cabendo tão-somente ao aplicador arguto fixar precisamente seus limites. A advertência é de Carlos Maximiliano. (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio, Freitas Bastos, 1941, p. 169). Mas não se aplica à hipótese em exame, que se reveste de peculiaridade marcante. Via de regra, as normas jurídicas são compostas, em sua estrutura lógica, por uma hipótese de incidência complexa. A mul-

tiplicidade dos elementos componentes dessa hipótese de incidência e as distintas formas através das quais esses elementos podem ser expressados no vernáculo não raro conduzem o intérprete a angustiosas dúvidas quanto à precisa delimitação do campo de atuação da norma. Ora, aqui cresce em relevância o fato de cuidar-se de uma regra introdutora de um conceito legal, cuja hipótese de incidência está reduzida à mais completa simplicidade, de maneira a não oferecer aquelas dúvidas. Os dois dispositivos postos em confronto têm redação idêntica, e em poucas palavras esclarecem o seu propósito: "Entende-se por linha". A hipótese disciplinada por normas jurídicas dessa natureza somente pode ser a mesma.

16. Não é difícil identificar a teleologia da norma. Integrando no conceito de linha de transporte coletivo intermunicipal o elemento categoria determinada de veículo, a lei impedia a exploração desse serviço público em termos de maior racionalidade e economia, prejudicando diretamente aos concessionários e aos usuários do serviço público. Trata-se de setor que tem recebido generosos reflexos do mais recente desenvolvimento tecnológico. A mais avançada tecnologia, em muitos passos até em consequência das descobertas científicas ligadas à exploração e conquista do espaço sideral, tem oferecido aplicações múltiplas no campo dos transportes, inclusive, e principalmente, no que se refere aos veículos. A rigidez do conceito legal de linha impedia o concessionário de adequar-se aos novos tempos, preso que estava para todo o sempre à classificação dos veículos por categorias, como determinadas originalmente. O texto legal estava, pois, a impedir, contraditoriamente, a consecução de seus próprios objetivos, ligados indissoluvelmente à obtenção do melhor serviço público, pois servia de obstáculo à chegada do progresso no setor. Evidentemente, a flexibilidade obtida não significa introduzir a desordem na exploração do serviço público de transporte coletivo intermunicipal, pela possibilidade de utilização arbitrária de qualquer tipo de veículo por parte do concessionário. Não: o que antes era rígido, não poderia ser alterado sob pena de descaracterização da linha, hoje é flexível, dependendo não-somente, mas dependendo, da manifestação da autoridade pública competente. Em síntese, a alteração legislativa se impunha.

17. Por outro lado, se se pretendesse atender aos detalhes sistemáticos da Lei n.º 6.404, eles conduziram à mesma conclusão. Assim, deve-se entender que as normas dos arts. 4.º e 5.º da Lei 6.404 alteram normas da Lei 3.080, porque todas as normas dos artigos 1.º e 6.º da Lei n.º 6.404 alteram aquela lei. Ademais, embora resultando de emenda aditiva, as regras em exame sintomaticamente não foram acrescentadas ao projeto de lei original como seus últimos artigos, como seria normal, mas intercaladas, sendo colocadas como artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 6.404, artigos que são os mesmos que oferecem o conceito de linha na lei anterior, como a indicar a idéia de substituição de uns pelos outros. E não se diga que, com a intercalação, se quis aproximá-los das normas pertinentes ao ajuizamento da preferência, pois, se isto tivesse ocorrido, os dispositivos legais em exame não deveriam ser os artigos 4.º e 5.º, mas sim os artigos 3.º e 4.º, pois o artigo 3.º da Lei n.º 6.404 nada tem a ver com o ajuizamento da preferência.

18. Levantou-se a possibilidade de que a linha de que cogitam os artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 6.404 fosse a linha decorrente da preferência ajuizada pelo Conselho de Tráfego do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER), na forma prevista nos artigos 27 e seguintes da Lei n.º 3.080, sobretudo com fundamento na diferente técnica redacional utilizada nesses artigos, em confronto com os demais da Lei n.º 6.404, e a partir do uso da expressão "Para os efeitos desta lei", empregada no artigo 5.º da mesma Lei n.º 6.404. **Data venia**, não vejo como essas minúcias meramente formais possam conduzir tão longe. Tenho que a circunstância de que os artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 6.404 foram acrescentados ao projeto-de-lei de origem executiva por emenda aditiva, apresentada pelo depulado relator, constituem explicação suficiente para a utilização, nesses artigos, de diferente técnica redacional. Por outro lado, a expressão "Para os efeitos desta lei", empregada no art. 5.º da Lei n.º 6.404, na verdade não representa mais do que reprodução de idêntica expressão constante do mesmo art. 5.º da Lei n.º 3.080. Mas, se a expressão "Para os efeitos desta lei" tem suficiente explicação dentro da interpretação aqui sustentada, ainda assim vale ressaltar que ela não tem as virtualidades que lhe querem atribuir, na exegese oposta. Com efeito, a expressão não pode ter o condão de referir o conceito de linha da Lei n.º 6.404 à linha decorrente

de preferência ajuizada pelo Conselho de Tráfego do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem, a uma porque a Lei n.º 6.404 não dispõe exclusivamente sobre a linha decorrente de preferência ajuizada (dos seus sete artigos, somente os dois primeiros cuidam da matéria), e a duas porque a referência necessariamente deveria ser feita no art. 4.º, que conceitua, não no art. 5.º, que apenas estabelece efeitos do conceito. O texto legal que viesse estabelecer um novo conceito de linha, especial e paralelo ao da Lei n.º 3.080, aplicável exclusivamente à linha decorrente do ajuizamento de preferência pelo Conselho de Tráfego do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER), teria necessariamente que definir, com a clareza indispensável, essa circunstância, inclusive como condição de sua aplicabilidade exclusivamente às hipóteses que veio regular. Ademais, se é princípio de hermenêutica que o legislador normalmente não estabelece definições (MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio, Freitas Bastos, 1941. p.314), muito mais o será o de que não as formula duplamente.

19. Embora o sentido objetivo do texto leve a conclusão de que se trata de disposições antinômicas, como vimos, ainda assim é lícito examinar a vontade do legislador, pelo menos com vistas a constatar se não terá sido infeliz a ponto de criar um abismo entre a vontade do legislador e a vontade da lei. Na realidade, Maximiliano não despreza o exame da vontade do legislador, considerando-o elemento indubitavelmente útil da hermenêutica, embora nem sempre realizável (obra citada, p.46). Ora, precisamente os artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 6.404 foram acrescidos ao projeto de lei de origem executiva por emenda aditiva apresentada pelo deputado relator da matéria na Comissão, que sustentou a necessidade de alteração da redação dos artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 3.080, com vistas a conferir mais flexibilidade à exploração do serviço público de transporte coletivo, nos seguintes termos:

“Outrossim, apresenta o Relator mais duas proposições acessórias, alterando a redação dos artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 3.080, de 28 de dezembro de 1956, pelas seguintes razões. Trata-se de abrandar o rigor dos artigos citados que incluem, no

conceito legal de linha, a classificação ou categoria do veículo (grande lotação, média lotação, pequena lotação). Esse rigor não permite que um concessionário de veículos de grande lotação utilize, por exemplo, um veículo de média lotação como reforço em certos horários. Para isso, seria necessário o estabelecimento de nova linha. Em certas zonas, situações peculiares recomendariam utilização de veículos em pequena lotação, mas o concessionário não pode atender às exigências locais da demanda nesse sentido, pois que isso implicaria no estabelecimento de nova linha e, talvez, numa concorrência administrativa. As emendas permitirão que o concessionário utilize, conforme as necessidades o exigirem, veículos de grande, média e pequena lotação, sem que isso implique na criação de novas linhas. O Poder Concedente, é óbvio, regulará a matéria, a fim de explicitar as circunstâncias em que as alterações serão admitidas”. (fls. 30 e 31)

20. Do exame objetivo do texto, da teleologia da norma, do seu sistema, e ainda do intento do legislador, resulta incontroversa a antinomia das normas dos artigos 4.º e 5.º das Leis n.º 3.080 e 6.404, devendo obviamente prevalecer as da última lei, dando-se as primeiras como revogadas. Dessa opinião também participam a Procuradoria Judicial do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER), que a respeito se manifestou em parecer aprovado pelo plenário, e o próprio Poder Executivo Estadual, como se vê do Decreto n.º 22.624, de 6 de setembro de 1973.

21. O EXPRESSO PRINCESA DO SUL S/A. também defende a inaplicabilidade da lei nova às situações jurídicas constituídas anteriormente, invocando o respeito à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Inserindo-se dentro de uma visão exclusivamente contratualista da concessão do serviço público, entende imutáveis, por deliberação unilateral, as condições de concessão. Sua ótica, todavia, mostra-se demasiado estreita para a percepção do fenômeno multiforme da concessão de serviço público.

22. Com efeito, ninguém mais ignora que a concessão de serviço público extrapola os limitados lindes da contratualidade. Abeberan-

do-se nos mais puros mananciais do publicismo, o instituto expressa modalidade da manifestação do poder de império estatal. Daí que se distinga na concessão de serviço público primeiramente um **ato regulamentar do Estado**, de caráter unilateral; depois um **ato-condição**, e somente em terceiro lugar a sua **feição contratual**, aliás de conteúdo assaz limitado. A natureza jurídica da concessão de serviço público foi identificada com extrema felicidade, em seus diferentes aspectos, por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

“A concessão é ato jurídico complexo, composto de um **ato regulamentar** do Estado, que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um **ato-condição**, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de **contrato**, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, **Prestação de Serviços e Administração Indireta**, 1973, p.35 e 37)

23. Modalidade de descentralização administrativa por pessoa privada ou por colaboração, a concessão de serviço público não implica transferência de titularidade sobre interesse público: há tão-somente atribuição à pessoa privada do exercício de atividade pública:

“Dá-se a descentralização por pessoa privada quando o Estado comete a particulares, pessoa física ou jurídica, o exercício de atividade administrativa, cuja titularidade é privativa das pessoas de capacidade pública. Não há, releva notar — ao contrário da descentralização por pessoa pública —, transferência ou outorga de titularidade, a título nenhum, sequer temporário, precário ou qualquer outro, sobre interesse público. Falta à pessoa privada aquela capacidade de direito público necessária para embasar titularidade sobre atividade administrativa. Serviço e função pública são “res extra commercium”, inegociáveis. Neste tipo de descentralização, o que se

transfere é pura e simplesmente o exercício da atividade. Há mera atribuição de função ou serviço a particular para que o desempenhe se, quando, como e enquanto o Poder Público o desejar”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, **Modalidades de Descentralização Administrativa e Seu Controle**, Revista de Direito Público, São Paulo, 1 (4): 58, abr./jun. 1968)

24. Reservando-se necessariamente a titularidade sobre a atividade administrativa concedida, conserva o Estado o poder indispensável para estabelecer a disciplina do serviço público, inclusive condições de funcionamento, organização e modo de sua prestação pelo concessionário. O mesmo administrativista assinala, a propósito:

“Fica ainda claro, por derivação, que, não havendo sido transferida a atividade em apreço, o Estado permanece absolutamente senhor dela, razão porque determinará unilateralmente as condições de seu exercício e as modificará a seu talante, bem como poderá retomá-la no momento em que o deseje”. (BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p.59)

“As condições do serviço e sua duração dizem respeito ao poder concedente, que as modificará por ato unilateral sem que caiba oposição do concessionário”. (op. cit., p.61)

“Tudo que disser respeito ao serviço público, propriamente, é de exclusiva alçada da Administração. Por isso, as condições em que será prestada, as normas a que obedecerá, as tarifas a serem cobradas, são unilateralmente estabelecidas e modificadas pelo Poder Concedente, porque fora do equilíbrio econômico, tudo o mais na concessão é de irrestrita disponibilidade da Administração”. (op. cit., p.62)

25. Destarte, muito embora objeto de concessão regularmente outorgada, a disciplina legal do serviço público de transporte coletivo intermunicipal pode ser livremente modificada pelo Estado, na parte em que fixa as condições de funcionamento, organização e modo de prestação de serviço, em regras de aplicação imediata, inclusive às conces-

sões já vigentes. Da incursão discricionária da Administração Pública somente está a salvo o núcleo propriamente contratual da concessão, que se limita ao equilíbrio financeiro, ou equação econômica, isto é, a parte relativa às garantias de ordem material, capazes de salvaguardar os legítimos interesses pecuniários da pessoa privada. Não é difícil explicar a razão do respeito ao equilíbrio financeiro da concessão: o exercício do serviço público somente interessa ao particular em função da remuneração proveniente da cobrança de tarifas dos usuários do serviço. Assim como para o concessionário o exercício da atividade pública é apenas um meio, pois o seu fim é o lucro, assim também para o poder público permitir aquele lucro é o meio para alcançar o bom exercício da atividade pública, que é o seu fim. Fora da equação financeira, única parte contratual da concessão, o Estado dispõe e modifica segundo a conveniência do interesse público.

26. Mas o legislador rio-grandense foi cauteloso ao estabelecer as normas em questão, disciplinadoras da organização desse serviço público. Muito embora sabedor de que — nesse aspecto — o concessionário se encontra numa situação jurídica geral e impessoal, legal e regulamentar, insuscetível de gerar direito adquirido, percebeu que, eventualmente, alterações nas condições do serviço podem trazer reflexos sobre a parte econômica da concessão. Disso não descuidou o legislador, traçando, no Decreto n.º 22.624, de 6 de setembro de 1973, normas a respeito, destinadas a evitar o comprometimento do equilíbrio econômico da concessão. Segundo os seus termos, a mudança da categoria dos veículos, permitida pela Lei n.º 6.404, fica na dependência da decisão do Conselho de Tráfego do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER), órgão cuja manifestação exige: a) rigoroso exame da conveniência da alteração; b) rigoroso exame dos reflexos que a alteração poderia exercer sobre as concessões outorgadas anteriormente a outras concessionárias com itinerários coincidentes; c) para assegurar o equilíbrio das concessões já deferidas, previu-se a manutenção do mesmo número de lugares existentes na categoria transformada. (Decreto n.º 7.728, de 27 de março de 1957, art. 5.º, §§ 2.º e 3.º, na redação dada pelo Decreto n.º 22.624, de 6 de setembro de 1973). Assim, mesmo na hipótese excepcional supra-referida, de que a alteração regulamentar acarrete reflexos sobre a parte contratual, o sistema do de-

creto não deixa margem a que seja malferida a parte econômica da concessão. Por igual, a não ser nas alegações da impugnante, não se vê como possa tipificar-se o abuso de direito. Não estão configurados os sintomas do abuso de direito mencionados, seja a intenção de prejudicar, a falta de interesse do titular, a escolha, dentre as várias maneiras de exercitar o direito, daquela que é prejudicial a outrem, o prejuízo anormal ou excessivo, a lesão aos bons costumes ou à boa-fé.

27. O que seja o equilíbrio econômico da concessão parece não estar sendo bem apreendido pela impugnante. Em seus arrazoados, deixa transparecer entendimento segundo o qual o equilíbrio de que se cuida concerne à relação entre as duas empresas concorrentes concessionárias do serviço público de transporte coletivo por via rodoviária entre Porto Alegre e Pelotas. Em absoluto é assim. O equilíbrio econômico ou equação financeira da concessão de serviço público diz precipuamente respeito à relação entre administração e concessionário, e só indiretamente atinge a relação entre concessionários concorrentes. Cuida-se, isto sim, de assegurar o equilíbrio entre os direitos e deveres pactuados entre a administração pública e o concessionário, de forma que aos bons serviços prestados à coletividade pelo concessionário corresponda uma remuneração condigna e satisfatória, que por sua vez irá ensejar o oferecimento de serviços públicos ainda melhores. Equilíbrio econômico do contrato de concessão não significa partilha equitativa de horários ou de uma linha entre concessionários concorrentes. O que se quer é a saúde econômica e financeira do concessionário, revelada pelo resultado positivo obtido, não que o concessionário A se iguale necessariamente ao concessionário B concorrente. Destarte, nada impede que uma linha seja explorada concorrentemente por concessionários de grande e de pequeno porte, ou que um aufera melhor resultado do que o outro. Estas circunstâncias em si não atingem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

28. As considerações anteriormente feitas também evidenciam o equívoco da impugnante, quando pretende aplicáveis ao caso as normas dos artigos 86 e 87 do Decreto n.º 7.728, de 28 de março de 1957. Tais normas cuidam da hipótese de aumento de horários, solicitado por concessionário não exclusivo de linha, e da decorrente partilha pro-

proporcional dos novos horários entre os concessionários concorrentes. Já foi visto — e reiterado — que não se trata de simples pedido de aumento de horários, mas de transformação da categoria de veículos, legalmente permitida. As hipóteses se distinguem basicamente porque nesta última a empresa abre mão de horários que já possuía, transformando horários já existentes em outros, enquanto na primeira há criação de novos horários, em que se parte do nada. Aliás, é este um aspecto que a impugnante não tem considerado devidamente: a concorrente tinha algo que a impugnante não tinha, detinha uma concessão em regime de exclusividade. Esta circunstância distingue a situação de uma da outra. Não é razoável, por isso, pedir-lhe, como faz a impugnante, que renuncie simplesmente à concessão exclusiva, com seus diferentes horários em limusine, para depois candidatar-se à obtenção de novos horários, em ônibus, com partilha proporcional, na forma dos artigos 86 e 87 do Decreto n.º 7.728.

29. O deferimento do pedido em caráter experimental rendeu ensejo à verificação ampla dos reflexos da alteração sobre a empresa concorrente, o que agora será objeto de apreciação. Não se pode ignorar, todavia, que o deferimento em caráter experimental, contra o qual voltou-se a requerente, adequou-se a reiterados pronunciamentos de órgãos técnicos. Com efeito, todos eles aludem à mudança requerida pelo EXPRESSO EMBAIXADOR LTDA. como uma justa medida de racionalização, que vem ao encontro dos anseios dos usuários; suas modificações se situam em faixas de horários já exploradas pela requerente; há respeito à oferta de lugares e não causa qualquer prejuízo à concorrente. (fls. 4 e 5 do Processo DAER 15.081/74, CT 443/74 e ST 1068/74) Mais: em parecer anexado a outro processo, o engenheiro chefe da SPL/DTRF chegou a sustentar que a iniciativa na substituição das velhas limusines deveria ter partido do próprio Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER).

Seu pronunciamento merece transcrição:

“2”. ANÁLISE TÉCNICA DE CONVENIÊNCIA.

“Tratando-se de serviço público, a análise deve ser procedida através de três ângulos em forma seqüencial:

I — aceitação do usuário da nova programação de oferta (comportamento da demanda visando à otimização da oferta).

II — racionalização do esquema operacional, visando à minimização dos custos.

III — minimização dos reflexos econômico-financeiros na empresa concorrente.

“Quanto aos itens I e II, é indiscutível que assiste total razão à requerente em substituir suas velhas limusines, veículos superados em matéria de conforto e segurança e de alto custo operacional, por outros mais adequados à estrutura atual de nosso transporte.

Em nosso entender, deveria, inclusive, a iniciativa da medida ter partido do DAER, concedendo um prazo razoável à requerente para proceder tais substituições.

Entretanto, o problema já está equacionado no presente pedido. Não há dúvida, também, que a substituição das limusines por veículos-padrão atende à problemática dos custos, tornando, também, mais flexível o regime operacional da requerente, não só em termos de padronização da frota, como também, o que é essencial, numa melhor utilização da mesma. (maior rodagem por veículo)

Por outro lado, quanto ao item III, reflexos econômico-financeiros na outra empresa, convém salientar que, tratando-se de um serviço público, aos interesses particulares das concessionárias (faturar cada vez mais) deve-se sobrepor o interesse maior, que é o interesse público. Por este motivo nos reportamos ao nosso parecer em outro processo da requerente (cópia anexa) em que admitimos a premissa básica que qual-

quer modificação introduzida nos serviços de uma empresa, em uma zona do mercado comum, como é o caso em questão, via de regra causa reflexos (positivos ou negativos) na outra concessionária.

Portanto, é essencial, para argumentar, a aceitação desses reflexos, que, em termos práticos, podem significar aumento ou redução no faturamento da empresa concorrente.

O fator essencial é a otimização no atendimento dos serviços, conforme itens I e II e a conseqüente minimização dos reflexos econômico-financeiros, para que a empresa atingida não passe a operar em condições antieconômicas, isto é, em nível inferior ao preconizado no cálculo tarifário.

Convém salientar que a redução do lucro excessivo, ou seja, daquele obtido à base de densidades ocupacionais elevadas, não constitui rompimento do equilíbrio econômico IDEAL de uma empresa.

Sob este ângulo, conforme já foi dito, os gráficos elaborados pela DTRF mostram claramente o cuidado da requerente não somente em respeitar o equilíbrio de oferta de lugares, como também, de manter um defasamento de, no mínimo, uma hora em relação às faixas de horário da empresa congênera.

A requerente limitou-se a proceder às alterações dentro de suas próprias faixas de horário, inclusive com redução das mesmas (cancelamento de horários)". (fls. 18, 19 e 20 do Processo-DAER n.º 10.119/74, ST 1592/76)

30. EM CONCLUSÃO, respondendo às questões jurídicas suscitadas, entendo que a Lei n.º 6.404, de 14 de julho de 1972, introduziu novo conceito de linha, que revogou o anterior, trazido pela Lei n.º 3.080, de 28 de dezembro de 1956; que o Poder Público podia fazê-lo; que a nova disciplina da matéria alcança as concessões anteriormente autorizadas; e que a Lei e o Decreto que a regulamenta não atentam contra o equilíbrio econômico da concessão.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 20 de maio de 1977.

GRATIFICAÇÃO POR COORDENAÇÃO DE DISCIPLINA NO MAGISTÉRIO

MARISA GRASSI
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

P A R E C E R C G E N.º 3 5 3 4

LEI N.º 6.672/74

As normas relativas às gratificações de função aplicam-se, indistintamente, a todos os membros do Magistério Público Estadual, optantes ou não.

O exercício da Coordenação de Disciplina previsto na Lei n.º 4.937/65 é considerado, no novo ordenamento, como atividade obrigatória do professor.

Derrogação do comando legal inserto na Lei n.º 4.937/65, que previa gratificação pelo exercício da coordenação quando excedente da jornada normal de trabalho.

L. V. J. R., Professora do Ensino Médio II, lotada na 7a. Delegacia Educacional, em Passo Fundo, Coordenadora de Disciplina, atividade que exerce desde 1958, requereu o pagamento da gratificação prevista no artigo 42 da Lei n.º 4.937/65, suspenso a partir de 1.º de janeiro de 1975.

Segundo a Supervisão de Apoio Administrativo da SEC, a restrição ocorreu face ao advento da Lei n.º 6.672/74, que incluiu o exercício da coordenação de matérias como atividade obrigatória do professor e que, em seu artigo 70, não contempla a função dentre as gratificadas.

A interessada solicitou reconsideração à fl. 18/CGE, acrescentando que deixou de optar pelo Plano de Carreira “para conservar direitos, como o do presente caso, adquiridos e gozados por mais de dez anos e que deverão ser válidos, conforme artigos 97 e 158 da mesma Lei n.º 6.672”, na aposentadoria, que seria requerida ainda no ano de 1976.

À fl. 20, a Supervisão de Assessoramento Especial, Unidade de Assessoria Jurídica da SEC, opina pelo deferimento, entendendo que os não optantes, que continuam a exercer a função, têm direito à gratificação na forma disciplinada pelo Decreto n.º 17.954/66.

Na área do Tesouro do Estado, é sugerida a audiência desta Consultoria Geral, face à controvérsia suscitada, vindo o expediente a esta Casa para pronunciamento, por solicitação do Senhor Diretor-Geral do Tesouro do Estado.

É o relatório.

2. Trata-se, no caso, de analisar se a gratificação pelo exercício da função de Coordenador de Disciplina a que alude o § 2.º do artigo 42 da Lei n.º 4.937, é devida a partir da vigência da Lei n.º 6.672/74.

De início, é de ressaltar que este último diploma entrou em vigor na data de sua publicação, 22 de abril de 1974, revogando toda a legislação perfunta ao magistério público estadual por ela regulada (artigo 170), alcançando optantes ou não do Plano de Carreira, ressalvando, apenas, para os integrantes do Quadro Único, a percepção de vencimentos e vantagens na forma do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado e sujeição aos regimes de trabalho disciplinados na Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965. Este último preceito, contido no artigo 158, deve ser interpretado em combinação com o artigo 151, que diz

que “as disposições da presente Lei aplicam-se, no que não for peculiar à carreira nela instituída, aos integrantes do Quadro Único do Magistério do Estado, considerado em extinção, bem como, no que couber, aos professores extranumerários”.

Ao intérprete cabe, pois, perquirir o que é “peculiar à carreira”, já que todos os demais preceitos são aplicados a todos os membros do Magistério, indistintamente, restando da Lei n.º 4.937, como já foi afirmado, para os não optantes, apenas as disposições relativas ao regime de trabalho.

3. Excepcionalmente, em vista do disposto no artigo 3.º da Lei n.º 6.740, de 11 de outubro de 1974, o professor que desempenha atividades especializadas nos termos da Lei n.º 4.937 continua, até a implantação da respectiva categoria de **Especialista de Educação** no Quadro de Carreira, no exercício dessas funções a título precário, e percebendo as gratificações correspondentes e previstas na mesma lei.

4. Temos, então, que a Lei n.º 6.672, ao enunciar as gratificações nos artigos 69 e 70, não incluiu aquela devida pelo exercício da atividade de Coordenação de Disciplina, extinguiu vantagens disciplinadas pela legislação anterior e adotou, quanto à matéria, novos critérios. Como consequência, as regras insertas na Lei n.º 4.937/65, referentes à gratificação de magistério, foram delegadas e substituídas pela nova ordem legislativa.

5. Além do adicional por triênio de serviço público, calculado sobre o vencimento da classe a que pertence o professor (refere-se ao membro da Carreira, já que para os não optantes os vencimentos e vantagens correlatas são percebidos na forma do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado), pelo novo Estatuto, o membro do Magistério, oplanle ou não, fará jus a:

“Art. 70 —

1 — gratificação:

a) pelo exercício de direção ou vice-direção de unidades escolares;

- b) pelo trabalho em regime de quarenta e quatro horas semanais;
- c) pelo exercício em escola de difícil acesso ou provimento;
- d) pelo exercício em escola ou classe de alunos excepcionais;
- e) pela participação em órgãos colegiados, na forma estabelecida em legislação própria;
- f) pela elaboração ou execução de trabalho técnico ou científico solicitado ou aproveitado nos termos de regulamento;
- g) de representação, nos casos previstos em lei".

6. Paralelamente, o Decreto n.º 23.354, de 11 de outubro de 1974, estabelecia as especificações dos cargos criados pela Lei n.º 6.740, de 11 de outubro de 1974, considerando como atividade obrigatória, dentro do respectivo regime de trabalho, o exercício da coordenação de matéria (anexo do Decreto N.º 23.354/74).

7. Entretanto, alega a interessada que deixou de optar pela Carreira, visando à incorporação da vantagem aos proventos da aposentadoria. Ora, na Lei n.º 4.937/65, a atividade de Coordenação de Disciplina não era necessariamente gratificada. Fazia jus ao acréscimo em seus vencimentos apenas o professor que, designado na forma do Regimento da Escola para a tarefa, tinha seu horário de aulas integralmente preenchido. Por outro lado, a Lei não previu o benefício da incorporação, diversamente com o que ocorre com as outras gratificações incorporáveis por expressa determinação legal.

8. Aqui não cabe invocar o Decreto n.º 17.954, de 6 de julho de 1966, que regulamentou as gratificações da Lei n.º 4.937/65, pois a norma do artigo 29, que trata de incorporação, não se refere à atividade exercida pela requerente. O Decreto n.º 17.954/66 se ocupa da atividade exercida pela interessada, coordenação de disciplinas, nos artigos 30 a 34. Considera-se, ali, a tarefa como integrada no horário normal de trabalho e, quando excedesse à jornada, atribua-se uma gratificação correspondente a oito centésimos do vencimento básico do cargo

multiplicado pelo número de horas destinadas semanalmente à coordenação. No mesmo dispositivo qualificou-se tal atividade como "trabalho eventual". (art. 34)

O Decreto esclareceu com vigor a qualificação jurídica da tarefa de natureza eventual e, nessa linha de raciocínio, jamais produziria o efeito pretendido pela postulante, qual seja de incorporação de sua remuneração aos proventos qualquer que fosse o período de execução. Ademais, ainda que determinasse a incorporação, o que não ocorreu, a disposição seria ilegal, porque não prevista em lei.

A função do Decreto é precisar os termos da Lei, suprir suas omissões, mas, em hipótese alguma, poderá ampliar direitos ou mesmo restringi-los.

DO EXPOSTO, concluímos que, tendo o novo ordenamento jurídico dirigido ao magistério considerado como atividade obrigatória, dentro do respectivo regime de trabalho, o exercício da Coordenação de matérias, e não estando essa função prevista no elenco das gratificações enumeradas no artigo 70 da Lei n.º 6.672/74, não mais faz jus a postulante à vantagem prevista no § 2.º do artigo 42 da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, face à ocorrência de revogação implícita desta regra.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 4 de abril de 1977.

COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS DO FUNCIONÁRIO - VEREADOR

EMÍLIO RODRIGUES
Consultor Jurídico do Estado do Rio
Grande do Sul

P A R E C E R C G E N.º 3 5 4 5

Aferição dos horários normais
das duas atividades.

O requisito da compatibilidade de horários introduzido no § 3.º, do art. 104 da Constituição Federal, pela Emenda n.º 6, de 4 de junho de 1976, legitimando o exercício cumulativo do mandato de vereador com cargo, emprego ou função pública, levou a Presidência da Câmara Municipal de Novo Hamburgo a oficial a esta Consultoria-Geral.

Informa-se no processo que as sessões daquela Edilidade se realizam à noite, “Mas — pergunta-se — se houver sessões extraordinárias, ou reuniões das Comissões Técnicas durante o expediente do funcionário, haverá incompatibilidade? A repartição onde o funcionário-Vereador trabalha poderá abonar a falta? Quais as providências a serem tomadas?”

É o relatório.

2. Preliminarmente, é preciso interpretar o texto constitucional para bem ajustá-lo ao caso sub examine.

Prescrevem, com efeito, as disposições constitucionais alteradas pela Emenda Constitucional n.º 6/76, e que guardam pertinência com a espécie:

“Art. 104 — O servidor público federal, estadual ou municipal, da administração direta ou indireta, exercerá o mandato eletivo obedecidas as disposições deste artigo.

§ 1.º — Em se tratando de mandato eletivo federal ou estadual, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função.

.....

§ 3.º — Investido no mandato de vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo dos subsídios a que faz jus. Não havendo compatibilidade aplicar-se-á a norma prevista no § 1.º deste artigo”.

3. Decorrência lógica da ausência do pressuposto da compatibilidade horária e da incidência do § 1.º, do art. 104, antes transcritos, será, portanto, o afastamento do cargo e a percepção **exclusivamente** dos subsídios que remuneram a vereança, conforme ficou entendido nos Pareceres n.ºs 3423/76 e 3495/77 desta Consultoria-Geral.

De conseguinte, incorrendo a compatibilidade de horários para o exercício simultâneo do mandato e do cargo pelo mesmo servidor, não se autoriza tal acúmulo remunerado. No entanto, no que pertine com as sessões extraordinárias é preciso considerar, acima de tudo, o seu caráter excepcional, traduzido na eventualidade com que se realizam. Desta forma, não parecem atingidas pela proibição constitucional tais sessões, em razão, como se disse, das circunstâncias episódicas que as determinam. Note-se, porém, que, se porventura forem sucessivas ou continuadas, a qualidade que as caracteriza — extraordinárias — desaparecerá, dando ensejo, assim, à incidência da disposição constitucional, ou seja, a aplicação dos §§ 1.º e 3.º, in fine, do art. 104.

4. A exegese da inovação contida no texto retificado dessas prescrições jurídicas permissíveis do acúmulo — convém que se frise — não pode ampliar-se a ponto de abranger sessões como as das Comissões Técnicas, que, face ao seu caráter permanente, devem se realizar em horários não coincidentes com os da atividade administrativa do funcionário-vereador. Apenas e excepcionalmente, quando se cogitar de reuniões eventuais, não previstas no calendário do Órgão Legisla-

tivo, o que incorre com as ordinárias e das Comissões Técnicas, admitir-se-á o exercício simultâneo da vereança com o conteúdo ocupacional do cargo, emprego ou função.

5. No que pertine ao abono de faltas cogitado na consulta, é manifestamente descabido, por significar fraude à norma objetiva constitucional que disciplina a questão, cumprindo finalmente asseverar que, caracterizada a situação descrita no expediente, isto é, participação do funcionário-vereador em sessões **extraordinárias** ainda que em horário de expediente na repartição em que estiver lotado, afastada fica a incidência dos §§ 1.º e 3.º, do art. 104 da Carta Magna, face ao caráter episódico de tais reuniões.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 28 de abril de 1977.

REGIME JURÍDICO DO PESSOAL ADMINISTRATIVO DA CÂMARA MUNICIPAL

JOSÉ QUADROS PIRES
Consultor Jurídico do Estado do Rio
Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3631

Regimes jurídicos de pessoal na
atual Constituição Federal.

Exame do § 2.º, do art. 108 da
Constituição Federal.

A Câmara Municipal de CAMPO BOM, através de seu Presidente, formula as seguintes indagações:

1) Pode a Câmara Municipal admitir funcionários para serviços administrativos ou de limpeza interna no regime CLT?

2) Pode a Câmara Municipal efetuar pagamentos a título de "serviço prestado"?

3) Qual seria o regime indicado para admitir funcionários?

4) Em anexo estamos remetendo cópia da Lei que cria o Cargo em Comissão de Secretário Executivo da Câmara Municipal, e gostaríamos de saber se é legal e se pode ser ampliado".

É o relatório.

2. Atualmente, segundo entendimento exposto no Parecer n.º 3190/CGE, o servidor público ou está submetido ao regime **institucional** ou ao **contratual**.

O primeiro, também chamado regime estatutário, é, na lição de HELY LOPES MEIRELLES,

“o modo pelo qual se estabelecem as relações jurídicas entre o **funcionário público** e a Administração, com base nos princípios constitucionais pertinentes e nos preceitos legais e regulamentares da entidade estatal a que pertence”. (“in” **Direito Administrativo Brasileiro**, 4a. ed., p. 371)

O segundo, também denominado regime trabalhista,

“é o modo pelo qual se estabelecem as relações jurídicas entre a Administração Pública e os servidores contratados nos termos da CLT (Decreto-Lei Federal n.º 5.452, de 1.º-5-1943)”. (Idem, p. 377)

Assim, nos termos da ordem legal vigente, seriam fundamentalmente esses os regimes jurídicos a que estariam submetidos os servidores públicos.

3. Dependendo, porém, da natureza do serviço a ser executado, torna-se possível a admissão de pessoal submetido a regime **especial**, nos termos do art. 106 da Constituição Federal.

Tal hipótese, contudo, só é permitida nos casos de admissão para a execução de serviços temporários ou para funções de natureza técnica-especializada.

Para tanto, todavia, a pessoa de direito público interessada deve, anteriormente, legislar a respeito.

Tanto a União como o Estado ou o Município podem, ao dispor sobre assunto do seu peculiar interesse, editar lei especial, conforme prevê o referido artigo 106 da Lei Maior.

É a conclusão de HELY LOPES MEIRELLES:

“Ora, na nossa organização política as entidades estatais são autônomas, incumbindo-lhes dispor com exclusividade so-

bre os assuntos de seu peculiar interesse, como o é, inegavelmente, o recrutamento do pessoal administrativo. Daí resulta que a lei mencionada no art. 106 da Constituição será federal, estadual ou municipal, conforme seja a União, Estado-membro ou Município a pessoa de direito público interessada na admissão ou contratação dos servidores a que nos vimos referindo”. (Obra citada, p. 376)

4. A Constituição Federal, depois de estabelecer, no “caput” do artigo 108, que o disposto na seção VIII aplica-se aos funcionários dos três poderes da União e aos funcionários, em geral, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, determina, no § 2.º, que:

“Os Tribunais federais e estaduais, assim como o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Assembléias Legislativas Estaduais e as Câmaras Municipais somente poderão admitir servidores mediante concurso público de provas, ou provas e títulos, após a criação dos cargos respectivos, por lei aprovada pela maioria absoluta dos membros das casas legislativas competentes”. (grifei)

Sobre a matéria, a orientação doutrinária é taxativa:

“... os Tribunais federais e estaduais, assim como os órgãos legislativos, inclusive as Câmaras Municipais, que, pela Constituição, possuem competência para organizar o seu próprio funcionalismo, não gozam das prerrogativas constantes do art. 97, § 1.º, parte final (admissão de funcionários sem concurso público) e do art. 106 (admissão e contratação de servidores em regime especial). E assim é porque **somente** podem recrutar o seu pessoal após a criação dos respectivos cargos por lei e sempre mediante concurso de provas ou de provas e títulos”. (MEIRELLES, Hely Lopes, obra citada, p. 423)

5. O disposto no parágrafo 2.º do artigo 108, entretanto, é de entender-se, refere-se, exclusivamente, aos cargos de provimento efetivo. Os cargos de provimento em comissão não sofrem a incidência dessa norma.

“Observe-se, por fim, que a exigência de prévia aprovação em concurso é para os cargos de provimento **efetivo**, ou seja, não temporário, não condicionado a uma relação de confiança entre o nomeado e seus superiores hierárquicos. Daí porque é dispensado para o preenchimento dos cargos declarados em lei de provimento **em comissão**, cuja principal característica é a confiabilidade que devem merecer seus ocupantes, por isso mesmo nomeáveis e exoneráveis livremente (Constituição da República, art. 97, § 2.º). (MEIRELLES, Hely Lopes, obra citada, p. 401)

Parecer desta Consultoria-Geral, de n.º 1076-UAJ, também entendeu:

“Não vislumbramos, porém, no parágrafo 2.º do artigo 108 antes transcrito, proibição constitucional a que as Câmaras Municipais criem cargos em comissão, cujo provimento tenha sido na lei estabelecido como de livre nomeação, no caso, do Presidente do órgão legislativo.

Em sendo assim, se no Quadro de servidores da Câmara do Município consulente existe cargo em comissão, seu provimento se fará independentemente de concurso público, como estabelece o § 2.º, do art. 97 da Constituição Federal...”

Feita esta introdução de caráter geral, passamos a responder a cada uma das questões formuladas.

1) A admissão de funcionários para serviços administrativos e os de limpeza de caráter permanente deverá, necessariamente, obedecer ao disposto no § 2.º do art. 108 da Constituição Federal, ou seja, só será possível a admissão mediante concurso público.

2) A Câmara Municipal poderá efetuar pagamento por “serviços prestados”, apenas para contraprestacionar pequenos serviços de caráter eventual ou episódico, conforme o disposto na Lei Federal n.º 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Tal viabilidade, contudo, há de corresponder a necessidades efetivamente eventuais, evitando-se que a continuidade de remuneração ao mesmo indivíduo estabeleça relação jurídica trabalhista.

3) O regime indicado para admitir funcionários é o institucional ou estatutário. No caso, não só é o regime indicado, como, também, é o único possível face ao disposto no § 2.º, do art. 108, da Lei Maior.

“... em face dos incisivos termos do artigo 108, § 2.º, da Constituição, os Tribunais e órgãos legislativos sequer podem contratar servidores no regime trabalhista. O único meio para a satisfação de suas necessidades administrativas, no que tange ao elemento humano, é a criação de cargos e o seu preenchimento por funcionários estatutários, arregimentados mediante concurso público”. (MEIRELLES, Hely Lopes, obra citada, p. 423)

4) O cargo em comissão é admitido expressamente através do § 2.º, do art. 97 da Constituição Federal. Portanto, é legal. Conseqüentemente, podem ser criados outros cargos dessa natureza.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 21 de julho de 1977.

RENOVAÇÃO DE INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA

MANOEL ANDRÉ DA ROCHA
Consultor Jurídico do Estado do Rio
Grande do Sul

P A R E C E R C G E N.º 3 5 7 5

Não pode a Administração Pública deferir a renovação de instância administrativa, mesmo quando cabível em tese, se a pretensão do interessado já está prescrita, ou se se trata de matéria que, por ter sido submetida a conhecimento judicial, fez coisa julgada, obstativa de capacidade revisional no plano administrativo.

Através da Resolução n.º 2874, de 14 de agosto de 1959, o Conselho Superior de Polícia deliberou a instauração de processo administrativo-disciplinar contra o senhor S.R.G., Escrivão de Polícia, pela "prática de ato transgressivo, de vez que, se intitulado advogado, vem extorquindo dinheiro de pessoas menos avisadas". (fl. 8) De fato, por denúncia de um colega seu, o Escrivão de Polícia J.V.T.F., na época respondendo pelo expediente da Delegacia de Polícia de São José do Norte, foi levantado contra o indiciado que, em torno de dezembro de 1958, havendo chegado ao distrito de Tavares, da mesma comuna antes referida, no gozo de licença ou férias, ali se estabeleceu com escritório de advocacia, respondendo a consultas e prometendo atendimento profissional, atividade pela qual inclusive recebeu quantias de terceiros, por serviços profissionais. (fls. 6, 46, 47, 48). Fez-se acompanhar o indiciado de um seu cunhado, de nome J.P.B., o qual

abriu um "consultório espírita", tendo sido posteriormente denunciado criminalmente por curandeirismo, (fl. 55) Em face do relato desses fatos, entendeu o Conselho Superior de Polícia de instaurar o processo administrativo-disciplinar, na forma acima vista, tendo sido feitas as pertinentes designações da autoridade processante e do secretário para o inquérito.

2. Na audiência inicial, realizada em 18 de setembro de 1959, na cidade de São José do Norte, não compareceu o indiciado, sendo que havia incerteza quanto ao fato de já haver sido o mesmo citado do processo administrativo-disciplinar em questão, motivo pelo qual foi designada outra data de audiência, expedindo-se novo ofício de citação. Ainda assim, embora não estivesse presente o indiciado, e dúvida existisse quanto à efetivação de seu chamamento ao processo, não deixou a autoridade processante de ouvir o denunciante, o Escrivão de Polícia J.V.T.F., o qual inclusive indicou testemunhas.

3. A folhas 20, no entanto, se encontra o Ofício-Citação do indiciado, que lhe após o seu ciente em 11 de setembro de 1959, e onde consta que o processo administrativo-disciplinar foi mandado instaurar pelo Conselho Superior de Polícia, Resolução 2.874/59, por motivo "De se intitulado advogado extorquir dinheiro de pessoas". A partir daí teve andamento o inquérito, foi ouvido o indiciado, que indicou como seu advogado o doutor P.B. Como esse profissional não estivesse presente, arrolou o próprio indiciado as suas testemunhas e pediu permissão à autoridade processante para assistir aos depoimentos das testemunhas indicadas pelo denunciante, o que lhe foi deferido. Na audiência seguinte, realizada em 20 de outubro de 1959, apesar de devidamente intimado, de novo não compareceu o indiciado, nem o advogado que nomeara. Posteriormente, o indiciado pediu que esse seu defensor fosse arrolado como testemunha, em razão do que o próprio indiciado se responsabilizaria por sua defesa (fl. 57), o que foi deferido pela autoridade processante. Foram ouvidas as demais testemunhas, encerrou-se a fase probatória, e o indiciado apresentou a sua defesa, nos termos da lei. Sumulado o processo, e remetido ao Conselho Superior de Polícia, foi determinado, pelo Conselheiro Relator, que o mesmo baixasse em diligência, para de novo ser ouvido o denunciante

J.V.T.F. e ter suas declarações reduzidas a termo, em audiência para a qual deveria ser citado o indiciado, ao qual depois seriam dadas vistas dos autos. Realizou-se a audiência, em 15 de fevereiro de 1960, sem que de sua efetivação, no entanto, houvesse sido citado o indiciado. Remetidos os autos ao Conselho Superior de Polícia, foi de novo baixado em diligência, para que o indiciado tivesse ciência dos documentos produzidos após a apresentação de sua defesa. Tanto se fez, o inquérito voltou ao Conselho Superior de Polícia, o qual, entendendo que "a prova coligida é contundente e as razões de defesa não têm força de infirmar a grave imputação, (...) decidiu propor, ao poder competente, a demissão do cargo, do policial faltoso, com a cláusula "a bem do serviço público" com fundamento no art. 17, letra b, combinado com o art. 18, § 2.º, letra b, da Lei n.º 1.751/52" (Resolução n.º 3639, de 10 de novembro de 1961, a fl. 93). O Conselho do Serviço Público, ouvido a seguir, por força do artigo 206, inciso II, da Constituição Estadual então vigente, veio de reiterar essa Resolução, através do seu Parecer n.º 4651, de 02 de abril de 1962. (fl. 96) Antes mesmo de ser editado o ato demissório, no entanto, apelou o indiciado diretamente ao Senhor Governador do Estado, alegando a sua condição pessoal e familiar, bem como a sua até então ilibada vida funcional, ao mesmo tempo que juntava atestados de idoneidade e de boa conduta, inclusive funcional, passados por juizes de direito, membros do Ministério Público e outras autoridades (fls. 98 a 104). O expediente foi à Consultoria Jurídica da Procuradoria Geral do Estado, onde colheu nova informação desfavorável, através do Parecer n.º 29/63, de 08 de fevereiro de 1963, aprovado pelo Senhor Procurador Geral do Estado. Em 21 de fevereiro de 1963, o Senhor Governador do Estado assinou o ato de demissão, a bem do serviço público, do indiciado S.R.G., devidamente publicado no Diário Oficial do Estado, edição do dia 23 de março de 1963 (fl. 110).

4. Em 14 de junho de 1965, o interessado protocolou pedido de reconsideração do ato, que o havia demitido, alegando, ademais de sua boa ficha funcional, que não havia transgredido nenhum preceito administrativo ou penal, motivo pelo qual não havia sido instaurado contra si inquérito policial ou processo criminal, baseados na figura delituosa da extorsão ou em qualquer outra, e também que a pena aplicada fora

excessiva, considerados os seus antecedentes. Juntou numerosos atestados, firmados por Delegados de Polícia e outras autoridades, policiais e civis, abonatórias de sua boa conduta, pública e privada, e inclusive no exercício da função. O Conselho Superior de Polícia, após reconhecer que a punição teria sido dosada em excesso, encaminhou o expediente à autoridade competente para o seu deslinde, o Senhor Governador do Estado. Na Casa Civil do Governo do Estado, pelo seu titular, doutor J.P.J., que, aliás, também participara da reunião do Conselho de Serviço Público, no qual se prolatara o Parecer n.º 4651, de 02 de abril de 1962, pela demissão do interessado (fl. 96), foi emitido pronunciamento pelo indeferimento do requerido, sob o argumento de que se havia constituído, em relação à Administração Pública Estadual, uma *res judicata*, que impedia o reexame do ato impugnado, e mesmo a sua revogação ou anulação. Em 19 de outubro de 1965, o Senhor Governador do Estado aprovou esse entendimento do Chefe de sua Casa Civil, e indeferiu a reconsideração pedida (fl. 139 verso)

5. Em 06 de janeiro de 1966, de novo protocolou o interessado petição, dirigido ao Senhor Governador do Estado, no qual levantou o impedimento do Senhor doutor J.P.J. para emitir a informação de folhas 139 verso, visto haver participado de reunião do Conselho do Serviço Público, em que foi confirmada a Resolução do Conselho Superior de Polícia, que dera pela aplicação da pena demissória (fl. 96), e pediu a redistribuição do expediente, para nova apreciação. Antes de haver decisão, no entanto, desistiu dessa sua reclamação, dizendo que pretendia buscar socorro nas vias judiciárias, em pedido de reintegração. (fl. 145) Atendido o que pedia, foi o expediente arquivado.

6. Efetivamente, já no ano de 1969, ingressa o interessado com Ação Ordinária contra o Estado do Rio Grande do Sul, objetivando a sua reintegração na função pública, alegando que a sua "demissão se processou sem observância das formalidades legais, eis que deveria depender da decisão judicial condenatória superior a dois anos, e que, portanto, o mencionado inquérito é nulo, impondo-se, portanto, a revogação do ato demissório". (fl. 176) Por brilhante sentença do Juiz de Direito, doutor HERMANN HOMEM DE CARVALHO ROENICK, então titular da 2a. Vara da Fazenda Pública, em 25 de setembro de 1969,

foi a ação ordinária proposta julgada improcedente. (fls. 176/183) Apelou o interessado, mas sua apelação foi julgada deserta por falta de preparo, em 17 de maio de 1972. (fl. 189)

7. Novamente agora, por pedido protocolado em 04 de novembro de 1976, o interessado requer a revisão ou a renovação de instância administrativa. Alega o requerente que o processo administrativo-disciplinar, contra si então instaurado, estaria maculado por nulidades, atinentes à portaria de instauração do inquérito, por não registrar os preceitos estatutários infringidos, à inoportunidade *in casu* do delito de extorsão, à falta de instauração do competente inquérito policial, e ainda a variegadas restrições à defesa do então indiciado. Ademais, também seria nulo o processo administrativo-disciplinar por vícios da citação, além de outras mazelas processuais, e por descumprimento dos prazos estatutários. Foi o expediente encaminhado a esta Consultoria-Geral, e aqui distribuído, para exame e parecer, à Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar.

É o Relatório.

8. Efetivamente, quer parecer que ao requerente deve ser dada parcial razão. A qualificação legal da infração, que lhe foi imputada, só veio de ser feita depois de encerrado o processo administrativo-disciplinar, quando da Resolução n.º 3639, de 10 de novembro de 1961, do Conselho Superior de Polícia, portanto, mais de dois anos depois da instauração do inquérito. Até então a acusação era vaga, falava de extorsão em termos genéricos, e não citava nenhum preceito legal, do Estatuto, do Código Penal ou da Lei de Contravenções Penais, em meridiano constrangimento para a defesa do indiciado. Observe-se, de outra parte, que não foi instaurado o competente inquérito policial, através do qual se pudesse chegar a uma correta tipificação do ilícito penal cometido. Aliás, na defesa apresentada na Ação Ordinária de Reintegração promovida pelo Requerente, o Estado do Rio Grande do Sul alegou a comissão de estelionato (artigo 171 do Código Penal — fl. 177); o eminente julgador, além desse enquadramento, também se valeu da figura do exercício ilegal de profissão. (artigo 47 da Lei das Contravenções Penais — fl. 181) A par disso, também ocorreram irregularidades proces-

suais, não só quanto à citação, mas inclusive quanto à juntada de novos elementos aos autos, mesmo depois de apresentada a defesa do indiciado. As tentativas de sanção dessas irregularidades nunca se fizeram de forma efetiva e completa, ao ponto de se poder considerá-las como superadas. Por fim, é meridiano o impedimento, em que estava o Senhor Chefe da Casa Civil, ao prolatar a informação de folhas 139 verso, com base na qual o Senhor Governador do Estado rejeitou o pedido de revisão administrativa primeiro formulado pelo requerente.

9. Sob esse ponto de vista, pois, poderia prosperar o presente pedido de renovação de instância administrativa, com base no artigo 200, I, do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado do Rio Grande do Sul, eis que estadeia-se o ato manifestamente ilegal, seja quando da demissão, seja quando do primeiro pedido de revisão. Lastimavelmente, no entanto, por dois motivos está obstaculizado o deferimento do petitório ora formulado.

10. Em primeiro lugar, foram as pretensões do requerente, de modo inapelável, atingidas pela prescrição quinquenal. Quer se considere o ato demissório de folhas 110, publicado em 23 de março de 1963; quer se considere o indeferimento do primeiro pedido de reconsideração, formulado em 14 de junho de 1965 (fls. 116/121), de cujo despacho governamental (folhas 139 verso) se pode presumir que ciência tenha havido no mínimo em 06 de fevereiro de 1966, data em que se dá manifestação do interessado nos autos (fls. 141/142); quer se considere ainda a data em que foi prolatado o despacho judicial, o qual julgou deserta a apelação interposta pelo requerente, na Ação Ordinária de Reintegração por ele proposta contra o Estado do Rio Grande do Sul, isto é, 17 de maio de 1972 (fl. 189); sempre se chegará à conclusão da intempestividade do presente pedido de renovação de instância administrativa, ora formulado em 04 de novembro de 1976. Nem mesmo a devolução, pela metade, do prazo prescricional, nos termos do artigo 9.º do Decreto n.º 20.910, de 06 de janeiro de 1932, poderá aqui aproveitar ao requerente. De outra parte, contra si tem o interessado o fato de que o seu primeiro pedido de reconsideração, esse formulado em 14 de junho de 1965 (fls. 116/121), portanto mais de dois anos depois de publicado o ato demissório de folhas 110, já teria sido intem-

pestivo (artigo 199, *caput*, da Lei Estadual n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952; artigo 6.º do Decreto n.º 20.910, de 06 de janeiro de 1932), e por isso mesmo despido do condão de interromper o fluxo da prescrição quinquenal. (**a contrario sensu** do § 2.º do artigo 199 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado do Rio Grande do Sul).

11. Em segundo lugar, não pode mais a Administração Pública Estadual revisar o ato administrativo, através do qual foi demitido, a bem do serviço público, o aqui requerente, pois que agora está vinculada a uma decisão judicial, a qual transitou em julgado. Essa decisão judicial, prolatada em Ação Ordinária de Reintegração, promovida pelo requerente contra o Estado do Rio Grande do Sul (e que por conter pedido de mais, a reintegração, abrange também o menos, a simples readmissão do interessado), fez coisa julgada entre as partes litigantes, de modo vinculativo, tanto para um, quanto para o outro. Não se trata mais, portanto, de uma simples *res judicata* administrativa, que, ao contrário do que foi posto na informação de folhas 139 verso, poderia ser revisada a todo tempo pelo Administrador público, como inclusive já reconhecido na Súmula n.º 473 da Jurisprudência Predominante do Colendo Supremo Tribunal Federal: "473 A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial". A possibilidade de revisão do ato demissório de folhas 110 está aqui irremediavelmente paralisada pela existência de coisa julgada decorrente de prestação jurisdicional.

12. Assim sendo, não há caminho por onde possa prosseguir, e chegar a algum atendimento, a pretensão do requerente. Lastimavelmente, por se tratar de alguém que com tanta pertinácia buscou o seu direito, e que deveria tê-lo tido antes reconhecido, o seu petitório não pode mais hoje ser conhecido, não só por força da prescrição quinquenal, mas também pela eficácia própria do instituto da coisa julgada. O que certamente será de plena compreensão de quem hoje inclusive se titula como advogado, como o fez o requerente, a folhas 155 dos autos.

13. De todo o exposto, concluo que deve ser indeferido o pedido de renovação de instância administrativa, formulado por S.R.G., relativamente ao ato que o demitiu, a bem do serviço público, em 21 de fevereiro de 1963 (fl. 110), após processo administrativo-disciplinar, seja por se tratar de pretensão já encoberta pela prescrição quinquenal, seja por se tratar de matéria já decidida em juízo, com a conseqüente formação de coisa julgada, obstativa da capacidade revisional da Administração Pública Estadual.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 18 de maio de 1977.

CONCESSÃO DE USO DE TERRENO RESERVADO

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

P A R E C E R C G E N.º 3 5 1 8

Servidão administrativa. Direi-
lo de preferência.

1 — RELATÓRIO

Duas empresas — a S.Q. LTDA. e a C.N. LTDA. — separadamente, solicitaram ao Estado concessão de uso, gratuito ou oneroso, do mesmo terreno, situado na faixa marginal do Rio Gravataí, no Município de Cachoeirinha.

2. Declara a requerente por primeiro mencionada ser proprietária de imóvel que entesta com o terreno em causa, anexando certidão para provar o alegado.

A segunda requerente afirma encontrar-se há mais de vinte anos na posse desse mesmo imóvel. Com o fito de reforçar a sua posição, afastando outros pretendentes, sustenta que antiga estrada municipal dividira a área em questão com o terreno confinante, conhecida como Estrada da Estação Experimental do Arroz.

3. Diligências efetuadas sobre a existência, ou não, dessa via pública, não confirmam satisfatoriamente tal assertiva. Além de mapas, incluídos nos processos que compõem o expediente, dele constam três cartas do Prefeito Municipal de Cachoeirinha (fls. 32, 35 e 38 do Processo n.º 58.000/75 do Tesouro do Estado). Destas cartas não se podem extrair dados conclusivos quanto à estrada em referência. O próprio informante desmente notícia contida na primeira carta, declarando

que no mapa incluído no processo “há engano” (sic). Reconhece, ademais, que não consta do Registro de Imóveis de Gravataí menção dessa estrada (fls. 32). E aduz que a faixa reservada ao Estado de que trata o expediente está incluída no Plano Diretor do Município e registrada como área verde destinada à construção de uma praça pública (fls. 38).

4. A Administração Estadual emitiu, através de órgãos seus, pronunciamentos favoráveis à concessão, sempre a título precário, ora a uma, ora a outra das empresas interessadas. Em nenhum desses pronunciamentos se faz alusão a outra requerente, nem se insiste sobre eventual direito de preferência.

5. Anteriores pedidos de arrendamento ou de aforamento do terreno ficaram prejudicados, por força de reiteradas recusas do Poder Público em atendê-los, sob a alegação de existir projeto de alargamento das margens do Rio Gravataí, atingindo o imóvel em causa.

6. Entretanto, o Secretário da Fazenda exarou despacho no Processo n.º 58.000/75 do Tesouro do Estado, indeferindo pedido de aforamento, mas autorizando a continuação do uso da área pela C.N. LTDA., verbis:

“Autorizo, entretanto, a continuação do uso, a título precário, mediante um ressarcimento mensal e outras condições a serem estabelecidas em contrato”.

II — DO FATO E DO DIREITO

7. A S. Q. LTDA. procura fundamentar seu pedido no Decreto Estadual n.º 5.539, de 13.3.1934, e no Decreto Estadual n.º 174, de 20.11.1940, respectivamente (fls. 2).

Pelos mencionados diplomas, o Estado considera propriedade sua imóveis dessa natureza. Efetivamente, o art. 51 do Decreto n.º 5.539/1934 dispõe:

“Fazem parte do Patrimônio do Estado, sujeitos ao seu domínio:

a) os terreos marginais de rios e lagos navegáveis que correm ou ficam situados em seu território, em zona não alcançada pela influência das marés; (...)”

8. O mesmo entendimento, segundo o qual pertenceria ao Estado a faixa reservada de 15 metros de que aqui se cogita, foi perfilhado pela 3a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, através de acórdão proferido na Apelação Cível n.º 20.299, de 1973, verbis:

“Embora a escritura do terreno pertencente a particular, devidamente registrada no Ofício Imobiliário, consigne como uma das divisas do mesmo “o rio Guaíba”, tal menção há de ser entendida em termos, isto é, respeitando-se a **faixa de domínio do Estado**” (grifei).

9. Autores há, entretanto, como THEMISTOCLES CAVALCANTI e HELY LOPES MEIRELLES, que consideram os terrenos banhados por águas públicas mera servidão administrativa, também denominada servidão pública, destinada, precipuamente, ao policiamento das águas por agentes da Administração (CAVALCANTI, **Tratado de Direito Administrativo**, Ed. Livraria Freitas Bastos, 2.a Ed., S. Paulo, 1950, vol. V, p. 282; MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1975, 3a. Ed., p. 563).

No caso sob exame, a questão doutrinária da titularidade dos terrenos marginais não impede que se encontre solução administrativa satisfatória.

10. Uma e outra requerente partem do pressuposto de ser do Estado o domínio do terreno em causa e de caber a este o direito de concedê-lo em uso.

A S. Q. LTDA. invoca, em defesa de seu interesse, direito de preferência, fundado no art. 45 do Decreto Estadual n.º 174, de 20.11.1940, assim redigido:

“Os proprietários de terrenos confinantes **fronteiros** têm preferência à concessão de **terrenos reservados**, nas respectivas testadas **de frente**. Somente com expressa desistência deles poder-se-ão processar pretensões de terceiros.

§ 1.º — Esta preferência poderá não ser atendida quando o proprietário tiver o terreno separado por estrada, terreno ou caminho público; (...)” (sublinhei).

11. Não teria o ato do Senhor Secretário da Fazenda vulnerado o direito de preferência em tela? A resposta deflui do conteúdo e alcance do próprio ato administrativo e da exegese da disposição acima transcrita.

O referido ato configura **mera autorização de uso** e não se reveste das características da **concessão de uso**. Não se há de confundir as duas espécies do gênero de uso especial dos bens públicos.

O diploma administrativo citado estabelece preferência nos casos de concessão de uso. **Só e unicamente**.

Mas, ainda que, para argumentar, se admitisse tratar-se de **concessão de uso**, a S. Q. LTDA. não preencheria a totalidade dos requisitos previstos no dispositivo invocado. Tendo-se em vista o princípio hermenêutico segundo o qual texto legislativo normalmente não contém palavras desnecessárias, os adjuntos grifados do dispositivo transcrito — **fronteiros** e **de frente** — demandam exegese restritiva no sentido de entender-se que a regra se refere apenas a terrenos cuja **frente** enteste com terreno reservado.

Tal interpretação haure substância no fato de imóveis em tais condições terem, em muitos casos, acesso apenas pelas águas.

Ora, tanto a certidão de registro antes mencionada quanto o mapa junto à petição da S. Q. LTDA. mostram que o terreno reservado em questão é confinante com os **fundos** do imóvel da referida empresa. Não poderá esta invocar, portanto, o benefício da preferência previsto no comentado dispositivo.

12. De outra parte, comprovada ficou, conforme se viu, a utilização do terreno pela C. N. LTDA., durante largo trato de tempo.

Há mesmo ato expreso do Secretário da Fazenda, **autorizando** tal utilização, desde que cumpridos forem determinados requisitos pela empresa **autorizada**. A falta de maiores esclarecimentos, é de presumir-se que, anteriormente ao despacho autorizatório em referência, a utilização era feita por mera ocupação, com tolerância do Poder Público. Entretanto, mesmo após o ato acima referido, não há de considerar-se legítima tal utilização, pelo menos se e enquanto a empresa não satisfizer as condições estabelecidas no despacho em tela.

13. A utilização de bens públicos por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, com exclusividade (ut singuli), ocorre sob nomina juris distintos: **autorização, admissão, permissão, concessão**.

Verifica-se nestes diferentes institutos uma escala quanto à intensidade de uso desses bens e quanto aos direitos assegurados aos respectivos usuários.

O mencionado por último — **concessão de uso** —, de todos o mais complexo e comprometedor, poderá revestir-se de características configurantes de direito real, resolúvel, instituído pelo Decreto-Lei n.º 271, de 28.2.1967, e ao qual por isso se chamou **concessão de direito real de uso**.

Ou será simplesmente aquele ato, precedido de lei autorizativa, pelo qual é outorgada a concessão ou cessão de uso, intuitu personae, configurando “um direito pessoal sobre o bem público, privativo e intransferível sem prévio consentimento da Administração” (MEIRELLES, Hely Lopes, **op. cit.**, p. 473).

14. As outras espécies — a **permissão**, a **autorização** e a **admissão** — constituem modalidades precárias e informais do benefício, outorgadas por ato unilateral e destituídas, via de regra, do atributo da privacidade e da transferibilidade pura e simples.

15. Esboçado o perfil das espécies do gênero uso **especial de bens públicos por pessoas de direito privado**, é lícito admitir-se que, substancialmente, embora sob a forma de **autorização**, o ato do Secretário da Fazenda configura **legítima permissão de uso**. O autor acima citado conceitua a espécie como “ato negocial, unilateral, discricionário e precário, através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público”.

“A permissão”, continua o mesmo administrativista, “enquanto vigente, assegura ao permissionário o uso especial e individual do bem público, conforme fixado pela Administração, e gera direitos subjetivos defensáveis pelas vias judiciais, inclusive ações possessórias para proteger a utilização na forma permitida. Via de regra, a permissão não confere exclusividade de uso, que é apanágio da concessão, mas **excepcionalmente pode ser deferida com privacidade sobre outros interessados**, desde que tal privilégio conste de cláusula expressa e encontre justificativa legal” (grifei, *op. cit.*, p. 472).

16. Todas estas formas se inscrevem na amplitude do poder discricionário do outorgante. Não se confunde discricionário com arbítrio, forma abastardada de ato administrativo divorciado dos altos fins a que são submissas as manifestações de direito-dever dos órgãos públicos.

17. Isto posto, concluo:

17.1 Tendo-se em vista que não configura, a outorga do benefício requerido, ato vinculado, e sim, ato discricionário, à Administração assiste o direito de indeferir o pedido de ambas as requerentes, desde que haja por inconveniente ao interesse coletivo a utilização privativa do bem por uma dessas empresas;

17.2 Se, entretanto, aprouver à Administração usar de sua faculdade no sentido de emitir ato de concessão de uso, em qualquer uma de suas variantes, inexistente direito de preferência em favor de alguma das requerentes;

17.3 Se preferir usar dessa mesma faculdade emitindo ato de **autorização de uso**, ou de **permissão de uso**, poderá fazê-lo, inclusive em

favor da atual ocupante, mesmo que tal ocupação configure, originariamente, esbulho possessório, desde que a empresa autorizada ou permissionária preencha os requisitos obrigacionais impostos pela Administração. É a solução que se me afigura como a mais justa e conveniente ao Estado;

17.4 Em qualquer hipótese, releva observar-se que tal ato “pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o exigir, dada a sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público” (*op. cit.*, p. 472).

Convém ponderar-se que, sempre e em qualquer hipótese, a toda empresa ou pessoa física é defeso praticar atos ou construir obras que impeçam ou dificultem o livre trânsito dos agentes da Administração pela faixa marginal em questão, sob pena de afronta ao Código de Águas (art. 14).

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 22 de março de 1977.

LICITAÇÃO NULA POR INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

MARIO NUNES SOARES
Consultor Jurídico do Estado do Rio
Grande do Sul

P A R E C E R C G E N.º 3 5 3 7

A concorrência contém vício de nulidade quando falta com a igualdade de oportunidade para os eventuais participantes do certame. Inteligência do art. 126, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que estatui, excepcionalmente, a dispensa da licitação.

Da Subchefia da Casa Civil solicita-se parecer acerca de petição encaminhada ao Senhor Governador do Estado, onde se pede a anulação da concorrência pública tendo por objetivo o fornecimento de equipamento de terraplanagem ao DAER.

Em essência, o expediente demonstra que o edital de chamamento, ao especificar detalhes das máquinas a serem adquiridas, faltou com o princípio da igualdade entre os licitantes, posto que somente determinada marca responde por essas exigências de detalhes. Pronunciamentos posteriores, lançados no expediente, confirmam a intenção da autarquia em alijar os demais fornecedores, porquanto o parque de máquinas do DAER é composto da marca "Caterpillar", e resultaria inconveniente e oneroso o ingresso de outro tipo, para o qual não existe infra-estrutura de atendimento.

É o relatório.

2. No sistema brasileiro estatuído para as três esferas da administração pública, União, Estados e Municípios, estão previstas algumas etapas no procedimento da concorrência, importando destacar a da seleção das firmas e a do julgamento da concorrência.

Seria erro em face à lei inverter ou confundir as etapas subsequentemente dispostas pelo Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, regulador do procedimento licitatório.

Verifica-se da espécie em exame, exatamente, ter havido uma autêntica inversão, ou antecipação de uma etapa do processo, ao se constatar um critério de julgamento inscrito por modo insólito nas especificações do edital, e que representa, em verdade, uma exclusão de concorrentes, de forma a permanecer apenas uma empresa em condições de adjudicar.

3. O princípio da igualdade entre os licitantes é basilar e justificativo do recurso à licitação como meio próprio para concluir-se contrato de fornecimento ao poder público.

Neste sentido, salienta HELY LOPES MEIRELLES:

“A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam um em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais”. (*Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 244, 4a. edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976)

Assinala o festejado autor constituir-se o desatendimento a esse princípio a forma mais insidiosa de desvio de poder.

Em outra obra, descreve o vício quando a concorrência é realizada “com direito certo a determinados candidatos”. (*HELly, Licitação e Contrato Administrativo*, pág. 14, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973)

4. Ora, na espécie aqui examinada está revelado o propósito, não necessariamente fundado na má-fé, mas irrecusável, de preferir uma empresa em detrimento de outras. Afirmam-se em alguns pronunciamentos razões que respondem pelo interesse público em tal seleção, notadamente pelo fato de ser o parque de máquinas da autarquia adquirente composto da marca “Caterpillar”. É manifesto, pois, que se apuseram ao edital especificações tendentes a conduzir a concorrência “com destino certo a determinado candidato”, no dizer e na reprovação de HELY LOPES MEIRELLES.

Parece claro se haver operado uma inversão no procedimento licitatório quando se introduziu especificação seletiva, visando afastar concorrentes, buscando-se antecipar a fase de julgamento. Ou seja, o certo é criar critérios de seleção à parte do menor preço, que possibilitem levar em conta outros motivos atinentes à conveniência e ao interesse público. Estes serão apreciados, sem embargo, por ocasião do julgamento, desde que constantes do edital, e venha fundamentada a decisão.

É o disposto nos artigos 130 e 133, do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que se deve atender:

“Art. 130 — No edital indicar-se-á, com antecedência prevista, pelo menos:

IV — Critérios de julgamento das propostas”.

“Art. 133 — Na fixação de critérios para julgamento das licitações levar-se-ão em conta, no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outros pertinentes, estabelecidos no edital”.

5. Pode-se, pois, gerar critérios distintos do mero “menor preço”. Não é legítimo, entretanto, sob qualquer alegação, ainda que forte no interesse público, plasmar no edital especificações notoriamente discriminatórias.

MARIENHOFF dá conta do entendimento de que essa igualdade na "invitatio ad offerendum" é da essência e assim uma das razões de ser do procedimento licitatório:

"La licitación deve respetar el principio de que todos los licitadores u ofertantes se hallen en pie de "igualdad". Tal exigência constituye una noción racional que fluye de la propia esencia y razón de ser de la licitación, siendo ínsito a ella". (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, Abeledo — Perrot, Buenos Aires).

6. Na concorrência em exame se alega o fato de que a maquinaria atualmente integrante do parque do DAER é da marca "Caterpillar", estando, assim, a autarquia equipada para operar com este tipo. O argumento não parece invencível, pois somente nesta aquisição haveria uma economia de quase dois milhões de cruzeiros a ensejar a montagem de uma infra-estrutura capaz de libertar o Poder Público da inextinguível e cada vez mais acentuada exclusividade que se faz presente neste tipo de fornecimento para a Autarquia.

7. Em todo o caso, se se cogitasse que, com a anulação de uma concorrência, seria obtido o mesmo resultado na realização de uma nova, por haver sensível conveniência, não se furtaria a Administração de realizar o novo certame. Neste, e no momento próprio, se declina, motivadamente, da classificação pelo critério do melhor preço.

8. Seria inviável, de qualquer forma, procurar contornar o caminho (na virtualidade de um mesmo resultado) quando é assente no direito administrativo a indeclinável obediência às formas, notadamente num procedimento onde está em paula o interesse de administrados.

É nesse sentido que FRANCO SOBRINHO assevera:

"O regime da legalidade na administração não apresenta mais controvérsias doutrinárias: a vinculação da Administração ao **processo legal** é condição da própria vontade administrativa quando manifestada ou exteriorizada". (Franco Sobrinho, **Introdução ao Direito Processual Administrativo**, pág. 115)

9. Cumpre indagar, por último, da questão da dispensa da concorrência pelo Governador do Estado.

O Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, julgou oportuno dispensar a licitação, lançando regra de exceção a merecer, desde logo, interpretação restritiva, atenta à advertência clássica de MAXIMILIANO:

"Quando um ato dispensa de praticar o estabelecido em lei, regulamento, ou ordem geral, assume o caráter de exceção, interpreta-se em tom limitativo, aplica-se às pessoas e aos casos e tempos expressos, exclusivamente". (**Hermenêutica e Aplicação do Direito**, pág. 285, 4a. edição, Freitas Bastos).

CARLOS LEOPOLDO DAYRELL esclarece o sentido da norma:

"Observa-se que os termos "exclusividade" e "especialização" estão, no dispositivo, empregados na mesma acepção de **unicidade**: para que se torne dispensável a licitação é mister haja um único produtor, empresa ou representante comercial em condições de, pelo menos na praça, fornecer o material, equipamento ou gênero que se deseja adquirir; ou que haja um único profissional ou uma única firma, pelo menos na mesma praça, em condições de prestar os serviços que se deseja executar. Se não houver tal exclusividade, tal unicidade, na mesma praça ou no mesmo lugar, isto é, se mais de um forem os produtores, empresas, representantes, profissionais ou firmas aplicadas no mesmo ramo de atividade e em condições de fornecerem os materiais ou de prestarem os serviços, será obrigatória a realização da licitação". (**Das Licitações na Administração Pública**, pág. 28, FORENSE).

CELSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO a respeito expõe:

"São singulares os bens que possuem uma individualidade tão específica que os torne inassimiláveis com quaisquer

outros da mesma espécie. Esta individualidade referida pode provir: a) da natureza íntima deles; b) da circunstância de serem únicos; 1) quer em sentido absoluto, 2) quer em razão de evento externo a eles.

Serviços singulares são os que se revestem de análogas características. A produção de um quadro, por um artista, é singular pela natureza íntima do trabalho a ser realizado. **De modo geral, são singulares todas as produções intelectuais, isolada ou conjuntamente — por equipe — sempre que o trabalho a ser produzido se define pela marca pessoal (ou coletiva) expressada em características técnicas e ou artísticas**". (RDP, vol. 8, pág. 97, grifamos).

Singularidade ou unicidade, como quer que se denomine o fenômeno, sem dúvida não é o caso que ocorre na presente espécie, sendo certa a variedade de marcas em oferta na praça do equipamento a adquirir.

É o parecer pela invalidade da concorrência em virtude do vício apontado, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 13 de abril de 1977.

ARRENDAMENTO DE ÁREA RURAL DO ESTADO

PAULO GERMANO JOÃO
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

P A R E C E R C G E N.º 3 5 4 3

Os bens públicos, ao invés de locação ou arrendamento, prestam-se, todavia, à utilização por particulares mediante permissão ou concessão do Poder Público, a título gratuito ou oneroso.

A habitação, sendo direito real, e desde que fundada em ato jurídico perfeito, impõe-se ao respeito do proprietário do bem. Sobre a melhor destinação econômica do bem cabe a consulta, antes, a órgãos técnicos e especializados.

Por determinação da Casa Civil do Gabinete do Governador, vem a esta Consultoria-Geral expediente oriundo da Secretaria da Fazenda, para exame e parecer sobre arrendamento de uma área de propriedade do Estado, sita em Lomba Grande, Município de NOVO HAMBURGO, bem como, também, para eventual sugestão sobre a melhor destinação econômica desse bem.

Dita propriedade, que tem a área de 13,589ha e possui uma casa de moradia gravada com o direito real da habitação em favor de sua antiga proprietária, dona A. D., já se achava arrendada, quando da

sua adjudicação ao Estado, ao mesmo interessado, Senhor R. R., sendo que das cláusulas do contrato se prevê a obrigatoriedade de sua utilização apenas para fins agrícolas.

É o relatório.

Relativamente ao aspecto jurídico das questões versadas no expediente, cabe, em primeiro lugar, dizer-se sobre o pretendido contrato de arrendamento, cuja minuta consta de folhas e elaborada pelos órgãos técnicos daquela Secretaria. Tal contrato daria seqüência à relação locatícia já existente anteriormente à adjudicação daquele imóvel pelo Estado. Inobstante, pois, a preferência que lhe atribui a lei — Estatuto da Terra — Lei n.º 4.504, de 30.11.1964 —, art. 95, IV. Todavia, o bem em questão, por sua natureza, agora pública, não pode ser objeto de locação ou arrendamento como se prevê no Direito Privado.

A ocupação dessas terras poderá continuar, sem dúvida, pelo mesmo interessado a título de permissão ou concessão remunerada de uso de bem público. Isto, aliás, é bem explicado pelo mestre HELY LOPES MEIRELLES, que assim conceitua o instituto:

“É o ato unilateral pelo qual a Administração faculta ao particular a utilização precária, a título gratuito ou remunerado, de um bem público, no interesse exclusivo ou predominante do permissionário:

Característica fundamental da permissão é o ser ato unilateral e precário realizado no exclusivo e predominante interesse do particular em relação ao interesse público”. (“Direito Administrativo Brasileiro”, pág. 445)

Como bem assere a Consultora Jurídica REJANE BRASIL FILIPPI, em petição judicial bem fundamentada, extinta a locação, outrora contratada por particulares a respeito de bem também outrora privado, e desde que passe este ao domínio público, nasce nova relação, que é de direito público, e à qual nos reportamos antes: permissão ou concessão de uso, que tanto pode ser a título oneroso ou gratuito,

que se constitui na utilização privada de um bem do patrimônio administrativo, nascida de ato emanado do Poder Público. Em seu arrazoado, e citando ainda HELY, arremata aquela Consultora:

“Embora assevere que muito se assemelha à locação civil, insiste em que com ela não se confunde: “Não nos parece que os bens públicos possam ser objeto de locação nos moldes do direito civil”. (obra cit., pág. 446), e mais ainda: “A locação é contrato típico de Direito Privado onde as partes devem manter equivalência de situações nos direitos e obrigações que reciprocamente assumirem. Por isso se conceitua a locação como contrato bilateral perfeito, oneroso, comutativo, consensual. Ora, no Direito Administrativo jamais se poderá transpassar o uso e gozo do bem público com as características da locação civil, porque implicaria em renúncia de poderes irrenunciáveis da Administração, para que viesse ela a se colocar em igualdade com o particular, como é da essência deste contrato no campo do Direito Privado

.....
Dessarte, entendida não mais possível a relação locatícia no presente caso, só resta obviamente considerá-la, face aos antecedentes já verificados, como utilização privada de bem do patrimônio público, a título oneroso. Prejudicado, portanto, o contrato de locação que, a respeito, se elaborara e ao qual se fez referência antes, devendo-se, pois, editar ato que se conforme plenamente com as prescrições administrativas aqui defendidas. Estas, aliás, encontram também respaldo na letra expressa da lei citada, art. 94 (Estatuto da Terra): “É vedado o contrato de arrendamento rural ou parceria na exploração de terras de propriedade pública”.

Assim, pois, com tais reparos, pode o negócio em causa prosperar, observadas as demais condições naturais e próprias ao mesmo.

De outra parte, problema bastante afluído no processo e que, por isso, mereceu também exame nesta Consultoria é o que diz respeito à natureza do ônus que pesa sobre a casa de moradia ali existente e

tes mencionado. Tal gravame consta claramente da escritura pública compra e venda transcrita no Registro de Imóveis de Novo Hamburgo e está vasado nestes termos:

“A outorgante A.D., enquanto viver, reserva-se o direito de habitar a casa de moradia com o comprador, que também poderá habitá-la”.

Comprador, no caso, era o próprio filho da outorgante — o senhor N. L. D.

Vê-se, pois, que sobre a aludida casa existe, regularmente constituído, o direito de habitação em favor daquela senhora, que, em outras épocas, fora a proprietária de todo o imóvel. Tal direito se constitui em ônus real e se impõe ao respeito de terceiros enquanto viva a beneficiária. A habitação é direito previsto em nossa lei substantiva civil, cujo art. 746 dispõe:

“Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família”.

De acordo com este dispositivo legal não pode a beneficiária alugar ou emprestar o imóvel a outrem, cabendo-lhe, apenas, o direito de habitá-la com sua família, de modo gratuito. Entretanto, como se vê nos autos (fl. 19), dona A., julgando-se erradamente usufrutuária da casa, alugou-a ao Senhor E. O. R. e reservou-se o direito de ocupar parcela para seu próprio uso.

Essa locação assim feita, por si só, frente à lei, poderia acarretar a perda de seu direito através de decretação de sua caducidade. Mas é notório o equívoco em que a mesma incorreu, já que no contrato de locação em causa (fl. 19) apresenta-se ela como titular do direito de usufruto e não somente do de habitação, sendo aquele muito mais amplo que este último, permitindo inclusive a locação (art. 718, Código Civil).

Houve, sem dúvida, erro de boa-fé, aliás bem compreendido pelas autoridades fazendárias em diversos despachos nos autos (fls. 28

a 34). Com a ciência expressa dada à mesma beneficiária (fl. 34-v.) de que não poderá mais locar, no todo ou em parte, aquela casa, esgotasse o assunto, ao menos por ora.

De fato, não deveria o Estado prevalecer-se de erro tal, que também lhe não trouxe prejuízo, para privar a pobre anciã do seu direito de habitação. A solução preconizada por aquela Secretaria, de manter a mesma em seu direito sob aquela condição (não mais locar o prédio), além de perfeitamente jurídica, mostra-se ainda como de elevado sentido humano. Daí nossa concordância.

Por derradeiro, no que se refere com o pedido de sugestão, por esta Consultoria, sobre a melhor destinação econômica a ser dada à propriedade em causa, não temos elementos de ordem técnica para tanto, haja vista tratar-se de matéria especializada que refoge às nossas atribuições e conhecimentos.

É o parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 25 de abril de 1977.

ÍNDICE

ABANDONO DE CARGO — NOVO ESTATUTO DO MAGISTÉRIO, por Almiro do Couto e Silva — Parecer 3635/CGE	141
ADVOCACIA — EVOLUÇÃO DA EMPRESA, por Jacy de Souza Mendonça	43
ALLGAYER, Antônio Estêvão. Concessão de uso de terreno reservado — Parecer 3518/CGE	193
AREA RURAL DO ESTADO — ARRENDAMENTO, por Paulo Germano João — Parecer 3543/CGE	207
ARRENDAMENTO — ÁREA RURAL DO ESTADO, por Paulo Germano João — Parecer 3543/CGE	207
ASCENÇÃO, José de Oliveira! A violação da garantia constitucional da propriedade por disposição retroativa	53
ATO INSTITUCIONAL — TEORIA DOS ATOS DE GOVERNO, por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho	27
CÂMARA MUNICIPAL — REGIME JURÍDICO DO PESSOAL ADMINISTRATIVO, por José Quadros Pires — Parecer 3631/CGE	179
COUTO E SILVA, Almiro, Abandono de cargo e o novo estatuto do Magistério — Parecer 3635/CGE	141
FONYAT, Maria Izabel de A. Ribeiro. Informática Jurídica: uma nova perspectiva no Direito	111

NCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O ato institucional na teoria dos atos de governo	27
ACIONÁRIO-VEREADOR — COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS, por Emílio Rodrigues — Parecer 3545/CGE	175
RANTIA CONSTITUCIONAL — A VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE POR DISPOSIÇÃO RETROATIVA, por José de Oliveira Ascensão	53
SSI, Marisa. Gratificação por coordenação de disciplina no Magistério — Parecer 3534/CGE	169
TIFICAÇÃO — COORDENAÇÃO DE DISCIPLINA NO MAGISTÉRIO, por Marisa Grassi — Parecer 3534/CGE	169
DRMÁTICA JURÍDICA: UMA NOVA PERSPECTIVA NO DIREITO, por Maria Izabel de A. Ribeiro Fonyat	111
O, Paulo Germano. Arrendamento de área rural do Estado — Parecer 3543/CGE	207
TAÇÃO NULA — INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, por Maria Nunes Soares — Parecer 3537/CGE	201
GISTÉRIO — ESTATUTO — ABANDONO DE CARGO, por Almiro do Couto e Silva — Parecer 3635/CGE	141
GISTÉRIO — GRATIFICAÇÃO POR COORDENAÇÃO DE DISCIPLINA, por Marisa Grassi — Parecer 3534/CGE	169
NDADO DE SEGURANÇA — DIREITO ADMINISTRATIVO, por Paulo Pasqualini	11
NDONÇA, Jacy de Souza. A advocacia e a evolução da empresa	43

MORSCH, Jorge Arthur. Conceito de linha na concessão de transporte coletivo — Parecer 3576/CGE	151
PASQUALINI, Paulo. O mandado de segurança e o Direito Administrativo	11
PIRES, José Quadros. Regime Jurídico do pessoal administrativo da Câmara Municipal — Parecer 3631/CGE	179
PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA — RENOVAÇÃO DE INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA, por Manoel André da Rocha — Parecer 3575/CGE	185
PROCESSO ADMINISTRATIVO - DISCIPLINAR — RENOVAÇÃO DE INSTÂNCIA, por Manoel André da Rocha — Parecer 3575/CGE ..	185
RECURSO — INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA, por Manoel André da Rocha — Parecer 3575/CGE	185
ROCHA, Manoel André da. Renovação de instância administrativa — Parecer 3575/CGE	185
RODRIGUES, Emílio. Compatibilidade de horários do funcionário-vereador, — Parecer — 3545/CGE	175
SOARES, Mario Nunes. Licitação nula por inobservância ao princípio da igualdade — Parecer 3537/CGE	201
TERRENO RESERVADO — CONCESSÃO DE USO, por Antônio Estevão Allgayer — Parecer 3518/CGE	193
TRANSPORTE COLETIVO — CONCEITO LEGAL DE LINHA, por Jorge Arthur Marsch — Parecer 3576/CGE	151
TRANSPORTE COLETIVO — CONCESSÃO DE LINHA, por Jorge Arthur Morsch — Parecer 3576/CGE	151

